



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 12 - nº 2 - Tomo I (A/J) - Jul./Dez. 2020



Elaborado no 2º Semestre 2020

REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 12 - nº2 - Tomo I (A/J) - Jul./Dez. 2020



Elaborado no 2º Semestre 2020

© 2020 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ é uma revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009- . - v.

Semestral

ISSN 2179-8575

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

Rua Dom Manuel 25 - Centro - Telefone: (21) 3133-3400

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br

EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ

2º Semestre de 2020

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade

SECRETÁRIA-GERAL

Lucia Frota Pestana de Aguiar

Diretor do Departamento de Ensino (DENSE)

José Renato Teixeira Videira

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/BIBLIO - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Mônica Cavalieri Fetzner Areal
- Nelson Carlos Tavares Junior
- Ubirajara da Fonseca Neto



AIMÊ PERES SOARES BOMFIM

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SEU REFLEXO NO DIREITO INTERTEMPORAL 9

ALAN RODRIGUES LOPES

O EMBATE ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE RELIGIOSA NAS PRODUÇÕES DE CUNHO ARTÍSTICO E A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO DESTES DIREITOS FUNDAMENTAIS DENTRO DE UM ESTADO LAICO 26

ALESSANDRA APARECIDA CITARELLA ALVES

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA.... 42

ALEXANDRE QUINTANILHA GRANELLS

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: OBSERVÂNCIA DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO OU DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE? 56

ALINE SILVA MANTOVANI

A SÚMULA Nº335 DO STJ E A CONVALIDAÇÃO DA CLÁUSULA DE RENÚNCIA DAS INDENIZAÇÕES DAS BENFEITORIAS E AO DIREITO DE RETENÇÃO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO..... 71

ALVARO AUGUSTO RAMOS LEMOS

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS 87

AMANDA VIANA DE FREITAS

MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS NO DIREITO AOS ALIMENTOS 103

ANA CLARA PASCOTO DA SILVEIRA

DA IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DO ENFRAQUECIMENTO DOS DEMAIS PODERES EM RELAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE 117



ANDRÉ FELIPE VIEIRA DOS SANTOS

O REGIME JURÍDICO DAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM FACE DAS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA..... 133

ANGÉLICA CRISTINA CARVALHO BARCELOS SOUZA

A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL E OS REFLEXOS DAS FALSAS DENÚNCIAS DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR 148

BÁRBARA MOTA DE SOUZA DUTRA

O DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA NA LEI MARIA DA PENHA E O RESPECTIVO RITO PROCEDIMENTAL A SER SEGUIDO À LUZ DA LEI Nº 13.641/18 164

BRUNO GEORGE SOARES NEVES

A APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO NA PARTILHA DE BENS NA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E A EQUIPARAÇÃO COM O INSTITUTO DO CASAMENTO 179

BRUNO MYCHEL DE LIMA ABREU

A (IN)DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO 194

CAROLINA DINIZ DAMASCENA

O FAIR-PLAY FINANCEIRO E SEUS EFEITOS TRIBUTÁRIOS: O QUE O CLUBE EMPRESA PODE MUDAR NESSA RELAÇÃO 208

DANIELLE QUINTANILHA CAMILLO

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NAS HIPÓTESES DE MULTIPARENTALIDADE..... 225

DAYANE LOMBA FARIAS

JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL 241

DIANA FERREIRA STEPHAN

REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA EM TEMPOS DE COVID-19 256

ELLEN MENDONÇA SILVA DOS SANTOS

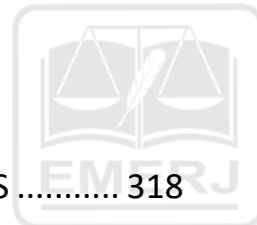
AFRORESISTÊNCIAS E O FOMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DO MOVIMENTO DE MULHERES NEGRAS DO RIO DE JANEIRO NA CONSTITUINTE DE 1987/88..... 271

ETTORE PUPPIN CARVALHO

DA ILEGITIMIDADE DOS TESTES DE COSMÉTICOS EM ANIMAIS..... 286

FELIPE CAVALCANTI SOARES

A QUESTÃO DO BIS IN IDEM ENTRE O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E O CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO..... 303



FERNANDA ARISTIDES CARLETI
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UM INSTITUTO DE INOVAÇÃO E GARANTIAS 318

FILLIPE AZEREDO RIBEIRO
O DIREITO DO RÉU A UM JULGAMENTO IMPARCIAL: OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO
MAGISTRADO NA BUSCA DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ... 334

GABRIEL FRANÇA SANTOS DE OLIVEIRA
PROBLEMAS NA IMPUTAÇÃO NOS CASOS DE PARTICIPAÇÃO EM SUICÍDIO E AU-
TOMUTILAÇÃO ENVOLVENDO VULNERÁVEIS, COMO DECORRÊNCIA DA LEI Nº
13.968/2019 348

GEORGIA ARRUDA DE AMORIM
A CRIAÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS POR MEIO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCESSUAIS 364

GUSTAVO SOARES MAIA
RESPOSTAS CONSTITUCIONAIS AO DISCURSO DE ÓDIO RELIGIOSO NA REALIDA-
DE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA 380

ILANA ALVES BULAK
PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS ACERCA DO TRATAMENTO DA CESSÃO FIDUCIÁRIA
DE CRÉDITO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL 397

ISABELA MONTALVÃO VALLE DA SILVA
OS EFEITOS DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM CARÁTER
PUNITIVO 412

ISABELA VITÓRIO BERNARDO DO NASCIMENTO
IMUNIDADE MATERIAL PARLAMENTAR E HATE SPEECH: OS LIMITES DA LIBERDA-
DE DE EXPRESSÃO EM DEFESA DA DEMOCRACIA 426

ISABELLA AZEVEDO BARCELOS
DA EFETIVIDADE DO AUMENTO DE 30 PARA 40 ANOS DO TEMPO MÁXIMO DE
CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE 442

JACQUELINE DE BRITO
JUIZ DAS GARANTIAS: NECESSIDADE, PAPEL, CONTROVÉRSIAS, IMPACTO PRÁTI-
CO E PARCIAL INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI Nº 13.964/2019 457

JADE FERRONATTO GIRON
A APLICAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) A LÍDERES DE
FACÇÃO SOB A ÓTICA DA LEI Nº 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME) 473



JAIR RODRIGUES SANTOS JÚNIOR

A INSEGURANÇA JURÍDICA DERIVADA DA FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL PARA PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA DECISÕES PARCIAIS DE MÉRITO..... 486

JOÃO FELIPE ROCHA PEREIRA QUEIROZ CONCEIÇÃO

A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO COMO UMA ESPÉCIE DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL..... 503

JOHANN ELBER DE CARVALHO CONSTANTINO DE SOUZA

A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 519

JORGE ANTONIO DO MONT SERRAT MARTINI DA EIRA

A INTERDISCIPLINARIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ABORDAGEM JUSFILOSÓFICA..... 534

JOSEMAR PEREIRA DA SILVA

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E O CRIME DO COLARINHO BRANCO NA ESTRUTURA DO ESTADO: LAVAGEM DE DINHEIRO E OCULTAÇÃO DE BENS..... 548

JULIANA MARIA VIANA

IMPACTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NOS PEQUENOS NEGÓCIOS..... 565

JUSSARA PEREIRA MAGALHÃES

O IMPACTO DO IRDR NA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: EFEITO DO ART. 985, § 2º CPC NA DEFESA DO CONSUMIDOR..... 579



O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SEU REFLEXO NO DIREITO INTERTEMPORAL

Aimê Peres Soares Bomfim

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola de Direito da AMPERJ. Advogada.

Resumo – a introdução de novos institutos no ordenamento jurídico brasileiro implica ajustes relacionados ao direito intertemporal, para reger as relações jurídicas pretéritas e aquelas em curso; é este o caso do acordo de não persecução penal. A análise quanto ao marco temporal adequado para sua aplicação perpassa pela definição da natureza jurídica deste acordo e pela incidência do princípio da retroatividade da lei penal benéfica até o exame de posições doutrinárias e jurisprudenciais. Busca-se selecionar o limite temporal mais compatível com a Constituição Brasileira e avaliar a tendência dos Tribunais Superiores sobre o tema.

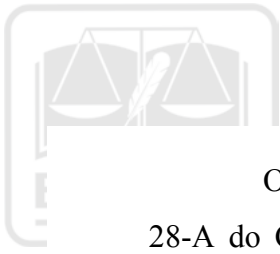
Palavras-chave – Direito Processual Penal; Acordo de Não Persecução Penal; Limite temporal objetivo.

Sumário – Introdução. 1. A definição da natureza jurídica do instituto e seu efeito temporal. 2. A incidência do princípio da retroatividade da lei penal benéfica e a definição de um limite temporal objetivo. 3. Os precedentes da Lei nº 9.099/95 e o limite temporal aplicável ao acordo de não persecução penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal é parte do arcabouço da justiça negocial, que está se expandindo no processo penal como fruto da política de redução do encarceramento, objetivando encontrar mecanismos alternativos à aplicação da pena privativa de liberdade. A inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 13.964/19, repercutiu no direito intertemporal, tendo em vista o silêncio do legislador sobre o limite da sua retroatividade a fatos anteriores à vigência desta legislação.

Diante do objetivo em identificar o limite temporal adequado para aplicação do acordo de não persecução penal aos fatos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/19 é utilizada a pesquisa qualitativa com o estudo de posições doutrinárias e jurisprudenciais, selecionadas na fase exploratória, sobre a natureza jurídica do instituto e os possíveis marcos temporais. Acrescenta-se o uso da pesquisa histórica sobre os institutos anteriores e semelhantes para avaliar os argumentos jurisprudenciais aplicados à época e compará-los, solucionando as controvérsias que se insurgem no âmbito da compatibilização com o princípio da retroatividade da lei penal benéfica.



O primeiro capítulo do artigo define a natureza jurídica do instituto, constante no art. 28-A do Código de Processo Penal, e sua correlação com a retroatividade da lei penal no tempo. Isso permite a compreensão da importância de se delimitar a aplicação temporal desse mecanismo, mantendo segurança jurídica aos respectivos beneficiários.

Ato contínuo, no segundo capítulo, são analisados o princípio constitucional da retroatividade da lei penal benéfica e os atos normativos secundários que foram estabelecendo marcos temporais para aplicação do acordo de não persecução penal. São estudados enunciados que interpretam o momento da retroatividade desse instituto; as decisões judiciais sobre a modulação dos efeitos do acordo de não persecução penal aos fatos pretéritos e, perante as propostas, é avaliado se há um critério objetivo de demarcação compatível com o valor constitucional da retroatividade benéfica.

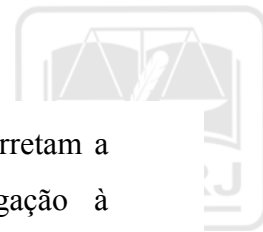
No terceiro capítulo, examinam-se os limites temporais utilizados em precedentes da Lei nº 9.099/95 e sobre a aplicabilidade de seus fundamentos ao acordo de não persecução penal. Nesse ponto, o enfoque é o exame da suspensão condicional do processo e da transação penal, verificando se é possível ou não empregar o mesmo marco temporal também à essa novidade jurídica.

A controvérsia se encerra com uma proposta de um limite temporal aos fatos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/19, que atenda ao mandamento constitucional de retroatividade da lei penal benéfica, bem como resguarde a segurança jurídica e os direitos subjetivos dos beneficiários. Após, é analisada a tendência que deve ser adotada pelos Tribunais Superiores. A ponderação de princípios, as interpretações históricas legislativas e as decisões judiciais são as principais fontes para se alcançar a finalidade deste artigo.

1. A DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO E SEU EFEITO TEMPORAL

O acordo de não persecução penal (ANPP), inserido no Código de Processo Penal, por meio da Lei nº 13.964/19, no art. 28-A¹, é um negócio jurídico pré-processual, realizado entre o Ministério Público e o investigado, representado por seu defensor ou advogado, quando se tratar de infração penal praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos, e se mostrar necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Serão estabelecidos pelo *Parquet*, cumulativamente ou alternativamente,

¹BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.



as condições constantes nos incisos I ao V, desse artigo², que, se cumpridas, acarretam a decretação da extinção de punibilidade. Consiste, portanto, em uma mitigação à obrigatoriedade da ação penal, já que o Ministério Público ao propor o acordo está exercendo o seu dever de agir³.

Percebe-se que o instituto possui dimensão processual, tendo em vista que tem como consequência a não instauração de uma ação penal. Mas, ao mesmo tempo, as normas relativas ao acordo também contêm aspecto penal, pois impõem como efeito jurídico a extinção da punibilidade, nos termos do §13, do art. 28-A do CPP⁴. Assim, a Lei n° 13.964/19 ampliou o rol exemplificativo do art. 107 do CP⁵ e introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, normas de natureza híbrida ou mista. Isso incide diretamente na definição do marco temporal do acordo de não persecução penal às situações jurídicas pretéritas⁶.

As normas processuais penais são regidas pelo princípio *tempus regit actum*, de forma que as novas leis dessa natureza têm aplicabilidade imediata, bastando a entrada em vigor para produção de seus efeitos nos atos processuais em curso, nos termos do art. 3° do CPP⁷. Não há incidência, apenas, nos atos já realizados sob a vigência da lei anterior, nos termos da teoria do isolamento dos atos processuais. Já as normas penais são amparadas pelo princípio constitucional da retroatividade da lei penal benéfica - *novatio legis in melius* - ou irretroatividade da lei penal gravosa, disposto no art. 5°, incisos XXXIX e XL, da CRFB/88⁸ e no art. 2° do CP⁹, incidindo o efeito retroativo a depender do seu conteúdo, se benéfico ou não para o autor do delito¹⁰.

Quando se está diante de uma norma de natureza híbrida ou mista questiona-se como ocorre sua aplicação no tempo, por ter tanto aspectos de direito processual penal, quanto de direito penal material, como ocorre no caso do acordo de não persecução penal. É por esse

²Ibid.

³TEIXEIRA, Danielle Torres; GOMES, José Jairo. *Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325403/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-sua-aplicacao-a-processos-em-curso>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

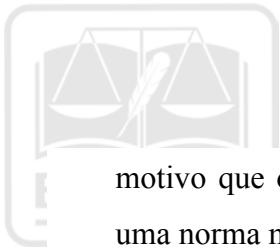
⁶LAI, Sauveí. *Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 01 mai. 2020.

⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2020.

⁹BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁰PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 44-60.



motivo que o jurista Pacelli afirma ser necessário cautela ao analisar os efeitos jurídicos de uma norma mista, como pode ser observado na seguinte exposição apresentada pelo autor¹¹:

[...] de outro lado, e de volta às questões genéricas de direito intertemporal, tratando-se de normas de conteúdo misto, contendo disposições de Direito Penal e de Direito Processual Penal, deve-se seguir o conteúdo normativo das primeiras. É que a regra da *irretroatividade* da norma penal desfavorável ao acusado deve prevalecer sobre os comandos de natureza processual. Se, porém, for mais favorável, pode-se aplicar a lei desde logo.

Nos casos de leis de conteúdo *misto*, o que não poderá ocorrer é a *separação* entre uma e outra, do que resultaria, na verdade, como que uma *terceira* legislação.

Se houver dúvidas quanto ao alcance da legislação penal, no que se refere à sua *benignidade* em face do acusado, deve-se rejeitar a sua aplicação imediata. Isso porque nem sempre a lei é *inteiramente* ou *integralmente* favorável, contendo disposições que beneficiam e outras que desfavorecem o réu. Assim, impõe-se ao intérprete cautelas redobradas [...].

Assim, no que tange ao modo de aplicação das normas híbridas, majoritariamente¹², por prevalecer sua natureza penal, defende-se que essa nova norma deve retroagir, aos fatos anteriores à sua vigência, sempre que seu conteúdo for benéfico ao investigado, acusado ou réu, atendendo ao comando do art. 5º, inciso XL, da CRFB/88. Isso coincide com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), conforme se depreende da decisão no RHC nº 115.563-MT, que tratava sobre fato praticado antes da vigência da Lei nº 9.271/96, a qual deu nova redação ao art. 366 do CPP¹³. Esse julgado revela isso no trecho abaixo¹⁴:

[...] é certo que o art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 9.271/96, contém normas híbridas, vale dizer, processual, referente à suspensão do processo, e penal, atinente à suspensão do prazo prescricional; por isso, a norma processual incide, imediatamente, por força do art. 2º do CPP, nos processos em curso, preservando-se os atos praticados na vigência da lei anterior, o que não se dá com a norma penal mais gravosa relativamente a fatos praticados anteriormente a sua vigência, por expressa vedação do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

In casu, o tema atinente à suspensão do prazo prescricional não é objeto do recurso. As razões da impetração não têm, *prima facie*, densidade jurídica no que visam afastar a incidência imediata das referidas normas processuais penais [...].

A natureza híbrida do ANPP assegura o seu efeito retroativo aos fatos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/19, de 23 de janeiro de 2020, impondo-se a aplicação do art. 5º,

¹¹Ibid., p. 57-58.

¹²CARDOSO, André Luiz. *Normas híbridas (material e processual) e o princípio da retroatividade benéfica*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63863/normas-hibridas-material-e-processual-e-o-principio-da-retroatividade-benefica/>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

¹³BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 115.563-MT. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25013014/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-115563-mt-stf/inteiro-teor-114683251>>. Acesso em: 07 mai. 2020.



inciso XL, da CRFB/88¹⁵. Isso porque, conforme a análise dos efeitos jurídicos, em abstrato, desse negócio pré-processual, sua aplicação é mais vantajosa comparada ao cenário anterior. Nesse sentido, com o cumprimento dos requisitos legais já examinados, há a decretação de extinção da punibilidade e o afastamento de reincidência – no caso de crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos.

Damásio de Jesus¹⁶ exemplifica a retroatividade da lei penal mais benigna, justamente, quando "a lei nova cria causas extintivas da punibilidade desconhecidas da legislação antiga". Além disso, o ANPP tem aplicabilidade ainda mais ampla quando comparado à transação penal, constante no art. 76 da Lei nº 9.099/95¹⁷, por não beneficiar somente aqueles que praticaram contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo, os quais a pena máxima em abstrato não é superior a dois anos.

A norma constitucional do art. 5º, inciso XL, da CRFB/88¹⁸ e a lei que instituiu o ANPP – de caráter infraconstitucional – não apresentam nenhuma limitação para essa retroatividade, tampouco estabelecem ressalva à sua aplicação pretérita. Dessa forma, a Lei nº 13.964/19, em tese, pode alcançar¹⁹, inclusive, condenações já transitadas em julgado, competindo ao juízo de execução cientificar o Ministério Público para a propositura ou não do acordo, aplicando-se o art. 66, inciso I, da LEP²⁰ e a Súmula nº 611 do STF²¹. É necessário, em sequência, analisar os limites temporais propostos para o ANPP e identificar suas compatibilidades com o princípio da retroatividade da norma benéfica, buscando uma interpretação sistemática do art. 28-A do CPP²².

2. A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA E A DEFINIÇÃO DE UM LIMITE TEMPORAL OBJETIVO

A necessidade da imposição de um limite temporal adequado para o oferecimento do ANPP em fatos anteriores à Lei nº 13.964/19 tem fomentado a elaboração de orientações e enunciados por órgãos públicos, atuantes na esfera penal e processual penal, para determinar

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁶JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*. 37. ed. V.1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 145.

¹⁷BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

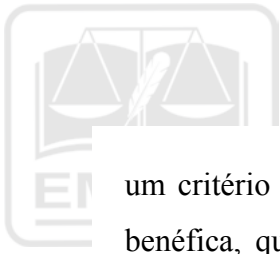
¹⁸BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁹JESUS, op. cit., p. 150.

²⁰BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 611*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 24 jun. 2020.

²²BRASIL, op. cit., nota 1.



um critério objetivo. No entanto, pela literalidade do princípio da retroatividade da lei penal benéfica, que rege esse negócio jurídico, surgem divergências quanto à possibilidade de se atingir, inclusive, decisões judiciais transitadas em julgado. Assim, devem ser analisados esses atos normativos editados e ponderá-los conforme o valor constitucional da *novatio legis in melius*.

O princípio da retroatividade da lei penal benéfica é parte do sistema de garantias do Direito internacional, previsto no art. 9º do Pacto de San José da Costa Rica²³, e funciona como direito fundamental que impõe ao Estado a obrigação de aplicar a lei penal mais favorável ao acusado, inclusive nas hipóteses em que sua vigência é posterior à condenação, de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No âmbito interno, está consagrado no art. 5º, inciso XL, da Constituição Brasileira²⁴ e reproduzido no art. 2º do Código Penal²⁵, assentando que se a lei posterior estipular tratamento penal mais favorável aos autores de um fato típico, ela sempre deve retroagir no tempo, aplicando ao delito as regras da legislação inovadora.

No caso de leis de natureza mista – penais e processuais –, deve ser identificado se há eventual subordinação lógica entre a norma penal e a processual. Assim²⁶, "se não houver o aludido condicionamento entre ambas (as normas), não haverá problema em se atribuírem efeitos retroativos às disposições penais – desde que mais benéficas –, mantendo-se a regra dos efeitos imediatos – nos processos em curso – àquelas processuais."

Conforme se verifica no art. 28-A e seus incisos do CPP, não há subordinação lógica entre a parte processual e a penal, de modo que esta última deve retroagir para beneficiar fatos pretéritos à vigência da norma, desde que se adequem às condicionantes do ANPP, por ter como consequências a extinção da punibilidade, a não configuração de antecedentes criminais e a sua não publicação em registros, exceto para impedir outro acordo no período de 5 anos após o primeiro realizado²⁷, nos termos do inciso III, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal.

²³Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade: Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delincente será por isso beneficiado."

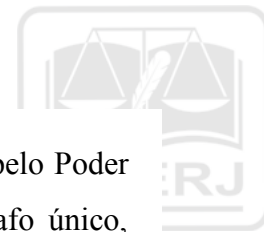
BRASIL. *Decreto Legislativo nº 27*, de 26 de maio de 1992. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-publicacao_original-1-pl.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 5.

²⁶CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019, p. 242.

²⁷NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 382-385.



Essa retroatividade benéfica não teve nenhuma limitação temporal feita pelo Poder Constituinte Originário, de maneira que o Código Penal, em seu art. 2º, parágrafo único, manteve a amplitude constitucional, ao incluir na aplicação retroativa até mesmo fatos já transitados em julgado, possibilitando atingir a coisa julgada. É, em razão disso, que muitos²⁸ asseveram que as interpretações restritivas de enunciados, orientações e decisões judiciais, quanto à aplicação pretérita do acordo de não persecução penal, violam o princípio da retroatividade da lei penal benéfica e o princípio da isonomia.

Sauvei Lai²⁹ defende que os efeitos benéficos do acordo de não persecução penal devem alcançar todos os processos em andamento, anteriores à introdução do art. 28-A do CPP³⁰, cita como exemplo uma desclassificação de roubo para furto simples (Súmula nº 337 do STJ) e as condenações transitadas em julgado. Nessa última, o Juízo da Execução Penal deve abrir vista ao Ministério Público para propor o acordo, nos termos do art. 66, inciso I, da LEP³¹ e Súmula nº 611 do STF³², suspendendo a execução e substituindo a pena pelas condições do ANPP, que, se efetivamente cumpridas, ensejam a extinção da punibilidade do agente.

Sauvei Lai aduz que até o condenado com pena integralmente cumprida tem interesse de agir na celebração do acordo, considerando a possibilidade de afastamento do efeito penal secundário de reincidência da sua folha de antecedentes criminais, após a decretação de extinção da punibilidade. Desse modo, a defesa deve requerer ao juízo da execução penal, o pronunciamento do órgão de acusação quanto ao preenchimento dos requisitos previstos em lei (art. 28-A, *caput* e § 2º, do CPP) pelo agente, à época do fato, para permitir a celebração do hipotético acordo. Assim, não será possível a imposição das condicionantes previstas no ANPP, porque isso ensejaria violação ao princípio *ne bis in idem*, visto que a pena já foi cumprida³³.

Tendo como referência todos os efeitos benéficos que a retroatividade do ANPP proporciona aos seus acordantes, incluindo, a extinção dos efeitos penais secundários, Leonardo Schmitt e João Paulo Martinelli³⁴ propõem que a retroatividade alcance os processos em que a data do cumprimento da pena total ou de sua extinção tenha ocorrido nos

²⁸MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

²⁹LAI, op. cit.

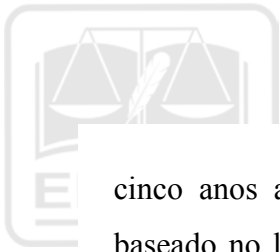
³⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹BRASIL, op. cit., nota 20.

³²BRASIL, op. cit., nota 21.

³³LAI, op. cit.

³⁴MARTINELLI, op. cit.



cinco anos anteriores à existência da Lei nº 13.964/19. O fundamento para esse prazo é baseado no lapso temporal para a reincidência, art. 63 c/c art. 64, inciso I, do CP³⁵. Durante esse período, ainda seria cogente a atuação do Ministério Público para permitir que os beneficiários do ANPP retornassem à condição de primariedade.

Outros marcos temporais foram estabelecidos em atos normativos, sendo um deles a retroatividade até o momento anterior ao recebimento da denúncia, conforme art. 1º, parágrafo único, da Resolução Conjunta nº 20 do GPGJ/CGMP³⁶, e o Enunciado nº 20 do CNCCRIM (Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal)³⁷. O Ministério Público Federal, no Enunciado nº 98 da 2ª CCR³⁸, orientou-se no sentido de determinar como marco temporal o trânsito em julgado, considerando possível o ANPP, ainda no curso de ações penais, correspondentes a fatos anteriores à vigência do instituto. A Defensoria Pública de Minas Gerais, no Enunciado nº 17, amplia a aplicação do ANPP para os processos em curso e que estejam em qualquer fase processual, considerando a natureza híbrida do art. 28-A do CPP e o direito subjetivo do indivíduo à propositura do acordo³⁹.

Diante dessas normativas institucionais divergentes, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 26 de maio de 2020, julgou os Embargos de Declaração em Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.668.298-SP⁴⁰ e decidiu que a retroatividade do ANPP deve atingir apenas os crimes praticados antes da sua vigência, desde que não tenha havido decisão de recebimento da denúncia. É essa também a posição restritiva de Douglas Fischer⁴¹, mestre e Procurador Regional da República, na 4ª Região, ao fazer uma análise da intenção do legislador infraconstitucional para a aplicação do instituto:

[...] é verdade que a aplicabilidade das regras atinentes ao juiz de garantias encontra-se suspensa provisoriamente por decisão liminar em ADI perante o STF,

³⁵BRASIL, op. cit., nota 5.

³⁶BRASIL. GPGJ-CGMP. *Resolução Conjunta nº 20*. Disponível em: <<https://companhijuridica.com.br/wp-content/uploads/2020/02/RESOLUÇÃO-CONJUNTA-GPGJ-CGMP-Nº-20.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

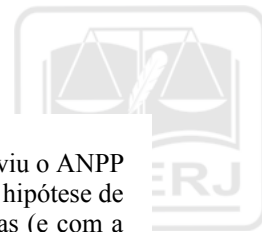
³⁷BRASIL. CNCCRIM. *Enunciado nº 20*. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf> Acesso em: 24 jun. 2020.

³⁸BRASIL. Ministério Público Federal. *Enunciado nº 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal*. Disponível em: <<http://mpf.mp.br/atuacao-tematica/cr2/enunciados>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

³⁹CONSULTOR JURÍDICO. *Leia enunciados da Defensoria de Minas Gerais sobre lei "anticrime"*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-20/leia-enunciados-defensoria-mg-lei-anticrime>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

⁴⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgRg no Agravo em Resp nº 1.668.298-SP*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1945806&num_registro=202000430078&data=20200603&peticao_numero=202000325229&formato=PDF>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁴¹FISCHER, Douglas. *Não cabe acordo de não persecução em ações penais*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-1106202>>. Acesso em: 10 jul. 2020.



mas em nada altera as premissas que estão claras na lei: o legislador previu o ANPP (e é até intuitivo que o seja) exclusivamente para os casos que não sejam hipótese de arquivamento e preencham os demais requisitos legais. Noutras palavras (e com a excepcionalidade que destacamos antes): recebida a denúncia, inviável, por questão temporal, falar-se em possibilidade de ANPP [...].

A 6ª Turma do STJ⁴², posteriormente, no julgamento do Agravo Regimental no *HC* nº 575.395-RN, foi contrária à posição da 5ª Turma, demarcando que o limite temporal a ser aplicado é até a sentença condenatória de primeira instância, de forma a alcançar processos ainda não transitados em julgado. Em sequência, no *HC* nº 191.464-SC, o STF⁴³, em decisão monocrática, entendeu que não é possível a aplicação do instituto quando já existir condenação, seja ela transitada em julgado, seja ainda passível de impugnação por recurso, no mesmo sentido do ARE nº 1.171.894-RS⁴⁴ e do *HC* nº 186.289-RS⁴⁵, mencionados pelo próprio Ministro relator Roberto Barroso. No entanto, a 1ª Turma do STF⁴⁶, em plenário, no dia 11 de novembro de 2020, firmou o limite temporal até o recebimento da denúncia.

Douglas Fischer sustenta que a única hipótese em que haveria a possibilidade de ANPP durante a fase processual seria quando o Ministério Público oferecesse diretamente a denúncia sem ter proposto o acordo de não persecução penal ao caso em que se enquadravam as condicionantes legais. Assim, ocorrendo o recebimento da exordial, a defesa do réu poderia pleitear o ANPP e o juiz, concordando com o pedido, deveria suspender o processo até que a decisão de propositura ou não do acordo fosse resolvida na esfera ministerial⁴⁷.

O autor⁴⁸ também recorre à interpretação histórica da lei, baseando-se no Projeto de Lei (PL) nº 882/19, que previa dois tipos de acordo: o de não persecução penal no art. 28-A do CPP, para propositura na fase pré-processual e o de não continuidade da persecução penal, no art. 395-A do CPP, cuja aplicação ocorreria após o recebimento da denúncia e antes da instrução da ação penal ter iniciado. No entanto, o PL nº 882/19 foi prejudicado⁴⁹ por um projeto substitutivo que resultou no PL nº 10.372/18 e, por fim, convertido na atual Lei nº

⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC nº 575.395-RN*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=113035487&num_registro=202000931310&data=20200914&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 set. 2020.

⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 191.464-SC*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344478139&ext=.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1.171.894-RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342446632&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

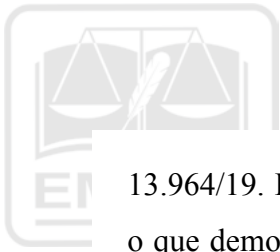
⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 186.289-RS*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343256790&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

⁴⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg no HC nº 191.464-SC*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6006969>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

⁴⁷FISCHER, op. cit.

⁴⁸Ibid.

⁴⁹Ibid.



13.964/19. Desse modo, houve a retirada do acordo de não continuidade da persecução penal, o que demonstraria a intenção legislativa de limitar a propositura do ANPP até o recebimento da denúncia, tendo como pressuposto a não existência de processo.

Esse raciocínio, apesar de buscar uma interpretação histórica e sistemática para definição do marco temporal aos fatos anteriores ao ANPP, usa como norte o que a lei determina como momento adequado à realização do acordo, não adentrando na problemática da retroatividade da lei penal benéfica como valor constitucional – hierarquicamente acima de qualquer anseio do legislador infraconstitucional. É por isso que regras de transição são criadas, resolvendo situações de direito intertemporal. Assim, a análise do histórico da implementação de institutos semelhantes é imprescindível.

3. OS PRECEDENTES DA LEI Nº 9.099/95 E O LIMITE TEMPORAL APLICÁVEL AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

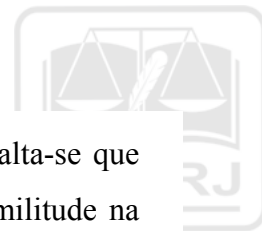
A utilização de experiências jurisprudenciais passadas aplicadas em institutos semelhantes ao ANPP foi indispensável para entender os impasses de direito intertemporal presentes à época e, assim, superá-los em relação ao novo instituto. Dessa forma, é possível traçar um panorama sobre o limite temporal adotado pelos Tribunais Superiores quando se trata de retroatividade da lei penal benéfica. É por isso que a análise dos precedentes relacionados à suspensão condicional do processo e à transação penal são essenciais para auxiliar nessa definição do marco temporal.

Esses instrumentos foram implementados pela Lei nº 9.099/95, que representou um marco no processo penal brasileiro, na solução de conflitos. A partir dela, não só foram criados os Juizados Especiais Criminais para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, como também foram inseridos novos mecanismos de justiça consensual no Brasil, sendo alguns deles: a transação penal e a suspensão condicional do processo, respectivamente, nos artigos 76 e 89 dessa lei⁵⁰. O mesmo ocorre com a Lei nº 13.964/19, ao trazer o acordo de não persecução penal, cuja característica também é buscar a despenalização e o desencarceramento, funcionando como nova forma de tratamento da violência⁵¹.

As semelhanças entre o ANPP e as medidas de transação penal e suspensão processual penal também estão associadas aos efeitos jurídicos penais. A transação penal afasta qualquer pretensão punitiva estatal original e os dois outros institutos implicam a

⁵⁰BRASIL, op. cit., nota 17.

⁵¹LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1.188-1.221.



extinção da punibilidade após o cumprimento dos seus requisitos legais⁵². Ressalta-se que entre a transação penal e o acordo de não persecução penal há ainda maior similitude na redação de seus diplomas legais, estabelecendo que⁵³ "não sendo o caso de arquivamento", surge o poder-dever do Ministério Público de propor essas medidas, que pressupõem a inexistência de processo instaurado⁵⁴.

Diante dessas similaridades, a transação penal e a suspensão condicional do processo, ao serem inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, provocaram dúvidas quanto à possibilidade de emprego a fatos anteriores à vigência da Lei nº 9.099/95, e quanto à viabilidade de aplicação aos processos cuja instrução não tenha se iniciado. Esses questionamentos decorrem do dilema entre os princípios basilares de aplicação da lei penal no tempo (retroatividade da lei penal benéfica e aplicação imediata da lei processual) e o limite temporal⁵⁵, previsto no art. 90 da Lei nº 9.099/95⁵⁶, que determinou que as disposições só poderiam ser aplicadas aos processos cuja instrução criminal já estivesse iniciada.

A solução do impasse percorreu também a análise da natureza dos institutos, que por terem aspectos penais e processuais ensejaram a incidência do princípio constitucional da retroatividade da lei penal benéfica para atingir fatos anteriores à Lei nº 9.099/95. Assim, pautado nas controvérsias de direito intertemporal, em 1996, o STF no *HC* nº 74.305-SP⁵⁷, ao tratar da suspensão condicional do processo e da aplicação do art. 90 da Lei nº 9.099/95⁵⁸, reforçou a posição majoritária da doutrina de que incide matéria penal sobre o mecanismo e, por unanimidade, adotou como marco retroativo o oferecimento até a prolação da sentença condenatória em primeira instância.

Essa também era a posição de Ada Grinover e de Damásio de Jesus, ao sustentarem que o limite da retroatividade é o da própria possibilidade de incidência da suspensão do processo, pressupondo o andamento do processo de conhecimento, visto que, com o seu término, pelo trânsito em julgado, não haveria mais como suspendê-lo. Essa visão dos juristas

⁵²Ibid.

⁵³BRASIL, op. cit., nota 17.

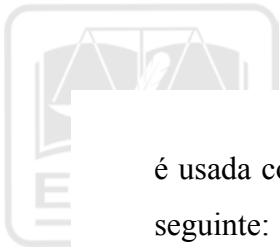
⁵⁴FISCHER, op. cit.

⁵⁵MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Os juizados especiais criminais e a questão da retroatividade*. Disponível em: <[https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2001/corpodocente/juiza dos.htm](https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2001/corpodocente/juiza%20dos.htm)>. Acesso em: 01 set. 2020.

⁵⁶BRASIL, op. cit., nota 17.

⁵⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC* nº 74.305-SP. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo57.htm#Compet%C3%Aancia%20para%20Julgamento%20de%20HC>>. Acesso em: 03 set. 2020.

⁵⁸BRASIL, op. cit., nota 17.



é usada como argumento de reforço no voto do então Ministro Moreira Alves⁵⁹, que ressalta o seguinte:

[...] a meu ver, os limites da aplicação retroativa da “lex mitior” vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído [...].

Nesse sentido, a partir da decisão condenatória, não haveria mais possibilidade de propositura do benefício, uma vez que esse teria perdido sua própria natureza, que consiste em impedir a continuidade processual, dado o encerramento do processo. É esse o raciocínio jurídico identificado no trecho da ementa do *HC* n° 74.305-SP⁶⁰:

[...] “HABEAS CORPUS”. Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei 9.099/95). (...) Se já foi prolatada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal. “Habeas corpus” indeferido [...].

O então Ministro Moreira Alves destacou o limite da atuação do Ministério Público retroativamente. Isso porque, do seu ponto de vista, o órgão acusador não teria nem poderia ter⁶¹ “disposição sobre uma sentença penal condenatória, mormente quando para ele, já transitada em julgado”, de forma que não poderia ser exercido o poder-dever de propor a suspensão condicional do processo após a decretação da sentença. Aduz que o próprio instrumento do art. 89 da Lei n° 9.099/95⁶² pressupõe a inexistência de pena imposta pelo juiz, ao ter como requisito a pena mínima cominada, em abstrato, igual ou inferior a um ano.

Essa foi a mesma posição do STJ, pacificando o limite para aplicação da suspensão condicional do processo, conforme o verbete sumular n° 337⁶³, editado em 2007, ao dispor que⁶⁴ “é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na

⁵⁹BRASIL, op. cit., nota 57.

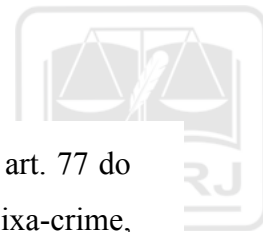
⁶⁰Ibid.

⁶¹Ibid.

⁶²BRASIL, op. cit., nota 17.

⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 337*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_28_capSumula337.pdf>. Acesso em: 06 set. 2020.

⁶⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2096%20-%20Juzados%20Especiais%20Criminais%20-%20II.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020.



procedência parcial da pretensão punitiva". Assim, reconhecidos os requisitos do art. 77 do CP⁶⁵, por meio de desclassificação ou por procedência parcial da denúncia ou queixa-crime, cabe ao juiz determinar que seja ouvido o Ministério Público para aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099⁶⁶. Após isso, haverá preclusão, conforme se depreende do seguinte julgado⁶⁷:

[...] este Superior Tribunal de Justiça, no tocante ao sursis processual previsto no art. 89 da Lei 9.099/95, entende que o inconformismo com a ausência de propositura do benefício deve ser alegado antes da prolação da sentença condenatória, sob pena de operar-se os efeitos preclusivos. Precedentes [...].

No que concerne à transação penal, mesmo não sendo tratado pelo STF, especificamente, no *HC* nº 74.305-SP⁶⁸, foi reforçado que é um dos artigos que ensejam a retroatividade, ao afirmar que a "questão de ordem nº inquérito 1.055 aludia, corretamente, à aplicação retroativa dos artigos 74, parágrafo único, 76, 88, 89 e 91 da referida Lei". Ato contínuo, o STJ aplica para a transação penal o mesmo marco temporal estabelecido para a suspensão condicional do processo, sendo a retroatividade até o proferimento da sentença de primeira instância⁶⁹. Os fundamentos presentes nesses precedentes são importantes na definição dos limites da retroatividade para o acordo de não persecução penal. Ao compará-los com o novo instituto, cuja finalidade é impedir a propositura da ação penal, baseando-se no parâmetro do precedente usado para a Lei nº 9.099/95, o limite temporal a ser aplicado ao ANPP seria até a sentença condenatória de primeira instância.

Até o momento, a 5ª Turma do STJ⁷⁰ limitou o art. 28-A do CPP⁷¹ aos processos em que não houve o recebimento da denúncia, enquanto a 6ª Turma do STJ⁷² seguiu o parâmetro usado pelo STF e STJ ao tratar da suspensão condicional do processo, determinando que o acordo deve retroagir aos processos não transitados em julgado, tendo como limite a prolação da sentença condenatória de primeira instância, com base na natureza mista do acordo de não persecução penal. Este último marco vinha sendo adotado ao ANPP, até que a 1ª Turma deste Tribunal⁷³, em plenário, seguiu a posição da 5ª Turma do STJ, fixando-a como tese.

⁶⁵BRASIL, op. cit., nota 5.

⁶⁶BRASIL, op. cit., nota 17.

⁶⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp nº 1.503.569-MS*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1778367&num_registro=201403431466&data=20181214&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2020.

⁶⁸BRASIL, op. cit., nota 57.

⁶⁹BRASIL, op. cit., nota 64.

⁷⁰BRASIL, op. cit., nota 40.

⁷¹BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷²BRASIL, op. cit., nota 42.

⁷³BRASIL, op. cit., nota 46.



É necessário aguardar a pacificação do tema pela 3ª Seção do STJ, entretanto, decisão da 1ª Turma do STF⁷⁴, indica que o marco temporal, prevalente, é até o recebimento da denúncia, apontando maior restrição à aplicação retroativa do novo instituto. Assim, mudança na jurisprudência assinala o não seguimento do precedente judicial adotado no *H* nº 74.305-SP⁷⁵, que vinha sendo usado, comparativamente, em decisões anteriores.

CONCLUSÃO

A implementação do acordo de não persecução penal no Brasil implica a realização de ajustes na mentalidade dos atores judiciais para utilização deste instrumento e a ampliação do espaço negocial entre Ministério Público e acusado junto com a sua defesa técnica. Principalmente, é necessário identificar todos os possíveis beneficiários deste acordo e para isso as questões de direito intertemporal devem ser dirimidas. O trabalho apresentado entre os limites temporais estudados, aquele mais adequado para se aplicar às situações pretéritas à vigência da Lei nº 13.964/19 e às hipóteses em curso, atendendo aos requisitos deste novo instrumento desencarcerador, e a tendência jurisprudencial.

A definição da natureza jurídica da norma que rege esse negócio jurídico pré-processual como mista tem como consequência o efeito temporal aplicável. A dificuldade enfrentada foi determinar até que momento o acordo pode ser proposto para reger situações anteriores ao início de sua vigência, posto que a Constituição Brasileira não estabelece essa limitação temporal. Analisou-se, em razão disso, o valor constitucional da retroatividade da lei penal benéfica e os limites objetivos criados por doutrinadores e órgãos institucionais assim como os argumentos para determinar os respectivos marcos temporais.

O estudo se completa com a pesquisa jurisprudencial sobre os argumentos dos Tribunais Superiores, durante a implementação dos institutos da Lei nº 9.099/95, que estabeleceram como limite temporal objetivo a sentença penal condenatória, já que sobre ela incidia o princípio da retroatividade da lei penal benéfica, sendo o mesmo caso do ANPP. A 1ª Turma do STF, recentemente, não adotou o mesmo marco retroativo definido para suspensão condicional do processo, constante na maioria das decisões judiciais anteriores.

Portanto, o limite temporal mais amplo, na doutrina, que alcança até os processos em que a data de cumprimento da pena ou sua extinção tenha ocorrido nos 5 anos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/19, melhor atenderia às particularidades do acordo e aos valores

⁷⁴Ibid.

⁷⁵BRASIL, op. cit., nota 57.

constitucionais de proteção ao sistema de garantias. Contudo, a mudança jurisprudencial revela a maior restrição à retroatividade do instituto nos Tribunais Superiores, tendo como marco para aplicação do ANPP até o recebimento da denúncia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CNCCRIM. *Enunciado n° 20*. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. GPGJ-CGMP. *Resolução Conjunta n° 20*. Disponível em: <<https://companhiajuridica.com.br/wp-content/uploads/2020/02/RESOLUÇÃO-CONJUNTA-GPGJ-CGMP-Nº-20.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. *Decreto Legislativo n° 27*, de 26 de maio de 1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. *Lei n° 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

_____. Ministério Público Federal. *Enunciado n° 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal*. Disponível em: <<http://mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n° 575.395-RN*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=113035487&numregistro=202000931310&data=20200914&tipo=51&formato=PDF>>. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp n° 1.503.569-MS*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1778367&num_registro=201403431466&data=20181214&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgRg no Agravo em Resp n° 1.668.298-SP*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1945806&num_registro=202000>



430078&data=20200603&peticao_numero=202000325229&formato=PDF>. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2096%20-%20Juizados%20Especiais%20Criminais%20-%20II.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgRg no HC nº 191.464-SC*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6006969>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1.171.894-RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342446632&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 74.305-SP*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo57.htm#Compet%C3%Aancia%20para%20Julgamento%20de%20HC>>. Acesso em: 03 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 186.289-RS*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343256790&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 191.464-SC*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344478139&ext=.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 115.563-MT*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5529643>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

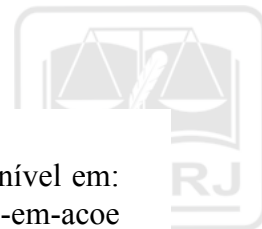
_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 337*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_28_capSumula337.pdf>. Acesso em: 06 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 611*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 24 jun. 2020.

CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARDOSO, André Luiz. *Normas híbridas (material e processual) e o princípio da retroatividade benéfica*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63863/normas-hibridas-material-e-processual-e-o-principio-da-retroatividade-benefica/>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. *Leia enunciados da Defensoria de Minas Gerais sobre lei "anticrime"*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-20/leia-enunciados-defensoria-mg-lei-anticrime>>. Acesso em: 30 jun. 2020.



FISCHER, Douglas. *Não cabe acordo de não persecução em ações penais*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-aoes-s-penais-11062020>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*. 37. ed. V.1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LAI, Sauveí. *Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 01 mai. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-240-22020>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Os juizados especiais criminais e a questão da retroatividade*. Disponível em: <https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2001/corpodocente/juizados.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

TEIXEIRA, Danielle Torres; GOMES, José Jairo. *Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325403/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-sua-aplicacao-a-processos-em-curso>>. Acesso em: 30 abr. 2020.



O EMBATE ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE RELIGIOSA NAS PRODUÇÕES DE CUNHO ARTÍSTICO E A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO DESTES DIREITOS FUNDAMENTAIS DENTRO DE UM ESTADO LAICO

Alan Rodrigues Lopes

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – a liberdade de expressão é um direito fundamental que se encontra em constante conflito com outros direitos fundamentais enaltecidos no texto constitucional, ocorrendo isso de forma mais frequente hodiernamente com a liberdade religiosa. Ambas as liberdades traduzem direitos essenciais para a existência de um estado democrático de direito e de um estado laico, motivo pelo qual a conciliação entre ambos é de imperiosa necessidade. Assim sendo, o presente trabalho visa abordar esse conflito de maneira a criticar a censura (violadora da liberdade de expressão), que tem se mostrado a solução por excelência em benefício da liberdade religiosa, e propor a ponderação, de forma mais isenta possível, para se alcançar a solução mais justa ao caso concreto.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Liberdade de expressão. Liberdade religiosa. Estado laico. Censura. Discurso de ódio. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação na tomada de decisão.

Sumário – Introdução. 1. As liberdades de expressão e religiosa e a vedação à censura. 2. O discurso de ódio e a mera expressão do pensamento. 3. A ponderação como forma de garantia do estado laico. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o conflito entre liberdade de expressão e liberdade religiosa nas produções de cunho artístico e como é importante que se concilie de maneira razoável estes direitos em uma situação de conflito de normas constitucionais. Procura-se demonstrar que, diferentemente do que pede uma parcela da sociedade, a mitigação do primeiro em prol do segundo pode atentar, em muitos casos, contra a própria laicidade do estado brasileiro insculpida no artigo 5º, inciso VI, da CRFB/88 bem como estimular o uso da censura como mecanismo de controle judicial de obras artísticas, o que violaria o disposto no artigo 5º, inciso IX, da CRFB/88.

Assim, para essa finalidade, abordam-se a doutrina, a jurisprudência e as notícias veiculadas acerca do tema que demonstrem essa tendência em buscar censurar certas obras que desagradam determinada parcela da sociedade por meio de uma tutela jurisdicional. Além disso, emprega-se o método hipotético-dedutivo, com uma abordagem necessariamente qualitativa do objeto desta pesquisa jurídica.



A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dotada dos ideais democráticos dominantes pós-ditadura militar, enalteceu, dentre tantos direitos e garantias fundamentais que positivou, as liberdades de expressão e religiosa, de modo a assegurar o pleno exercício dos mencionados direitos e o desenvolvimento de uma sociedade justa, pluralista e sem preconceitos. É incontroverso que qualquer sociedade é um berço para conflitos e que, muitas vezes, a discussão jurídica trata de um conflito de normas constitucionais, que deve ser apaziguado pelo julgador da causa.

Nesta toada, extrai-se as seguintes indagações: como pode o magistrado atuar para garantir o apaziguamento social quando uma parcela da sociedade exige, algumas vezes de forma violenta, a censura de obras artísticas que tratam do religioso? Como exercer sua função jurisdicional a fim de se dar máxima efetividade aos direitos constitucionais em conflito?

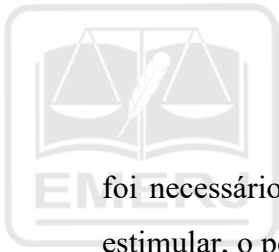
Constata-se, portanto, se tratar de um tema de notável controvérsia no mundo jurídico e social, pois o magistrado, antes de tudo, é ser humano, e como tal é dotado de suas próprias ideias sobre o sagrado e o profano, a sátira e o discurso de ódio, a liberdade artística e o respeito ao credo alheio, situações que não são tratadas de forma estanque pela legislação, doutrina ou jurisprudência. Com isso, tem-se um grande espaço de atuação em que esse magistrado pode, sob o fundamento da unidade da constituição, agredir umas das liberdades essenciais a qualquer estado democrático de direito: a de expressão.

Para melhor compreensão do tema, busca-se discorrer sobre as liberdades de expressão e religiosa a fim de trazer à baila a controvérsia acerca do conflito entre esses direitos constitucionais. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a diferenciação entre o uso nocivo da liberdade de expressão, com o intuito de propagação de discurso de ódio, do uso normal, mas que ofende determinados grupos religiosos. Ademais, objetiva-se propor mecanismos que melhorem a tomada de decisão a fim de dar máxima efetividade aos direitos em conflito.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho introduzindo de forma breve as liberdades de expressão e religiosa e a razão em conferir maior tutela à primeira para coibir o uso da censura como mecanismo de controle.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, acerca da natureza da ofensa que a liberdade de expressão traz à liberdade religiosa para destacar situações em que o objetivo é ofender daquelas em que se busca tão somente a exposição do pensamento.

O terceiro capítulo trata do conflito, jurídico e social, existente entre os direitos em questão. Procura-se propor meios de salvaguardar ambos no estado laico brasileiro em uma tomada de decisão mais justa e coerente com a proposta do constituinte originário. Para tanto,



foi necessário refletir sobre os valores religiosos em jogo e a necessidade de se permitir, e estimular, o pensamento livre como forma de estímulo à arte.

Por fim, como já afirmado alhures, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E RELIGIOSA E A VEDAÇÃO À CENSURA

Inicialmente, deve-se esclarecer que as liberdades de expressão e religiosa são espécies do gênero liberdade de pensamento, que, por sua vez, pode ser entendida como a “exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente”¹. Logo, conclui-se pela existência de dois aspectos desta liberdade mais ampla: o interno (a mera consciência enquanto não manifestada socialmente) e o externo (pensamento exteriorizado pelo “exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento”)². Obviamente, o simples pensamento em si (aspecto interno) não traz danos às relações sociais, razão pela qual o aspecto externo tem sido o foco das obras jurídicas e extensamente debatido.

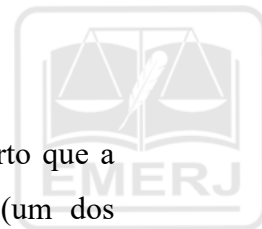
No que toca as liberdades em discussão propriamente ditas, a de expressão se encontra insculpida no artigo 5º, inciso IX, da CRFB/88 com o seguinte teor: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Assim, percebe-se que o constituinte originário teve a preocupação em afastar, desde logo, todo e qualquer mecanismo que desestimulasse a produção intelectual no país, de maneira que a expressão do pensamento intelectual, principalmente no meio artístico, deve ser tutelada como forma de enriquecimento cultural da sociedade.

Tal liberdade é tida, também, como um “instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático”³, assumindo uma relação complementar, haja vista ser o

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 243.

² *Ibid.*, p. 245.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 390.



pluralismo de opiniões essencial para a existência de vontade livre. Ademais, é certo que a liberdade de expressão é um desdobramento da dignidade da pessoa humana (um dos fundamentos da República Federativa do Brasil pelo artigo 1º, inciso III, da CRFB/88) no que diz respeito à “autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo”.⁴

No entanto, deve-se deixar claro que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, e do mesmo modo que o seu exercício é uma garantia da dignidade da pessoa humana, a sua limitação traz a mesma garantia pois, em um meio social, deve sempre haver respeito pelos direitos do próximo. Assim, não traduz em liberdade de expressão o discurso de ódio ou obras com o único intuito de ofender alguém ou um grupo de pessoas. Nessa toada, Dalmo de Abreu Dallari⁵ discorre sobre a necessidade da preservação da liberdade como forma de atingir o ideal do Estado Democrático:

A possibilidade de escolha seria insuficiente, se não fosse orientada para os valores fundamentais da pessoa humana, revelados e definidos através dos séculos. Um desses valores é a liberdade, sem dúvida alguma. Entretanto, é indispensável que haja coerência na concepção da liberdade. Com efeito, as doutrinas individualistas exaltaram a liberdade individual, mas concebendo cada indivíduo isoladamente. Ora, se todos reconhecem que o homem é por natureza um ser social, é evidente que se deve conceber sua liberdade tendo em vista o homem social, o homem situado, que não existe isolado da sociedade. A liberdade humana, portanto, é uma liberdade social, liberdade situada, que deve ser concebida tendo em conta o relacionamento de cada indivíduo com todos os demais, o que implica deveres e responsabilidades. (...) O problema, como se vê, não é de maior ou menor quantidade de liberdade, mas é de *qualidade* de liberdade. A concepção individualista da sociedade, ignorando o homem como ser social, foi fundamentalmente egoísta, pois o desligou o indivíduo de compromissos sociais e, por isso mesmo, deu margem à mais desenfreada exploração do homem pelo homem, porque cada um vivia isolado na sua liberdade, procurando obter o máximo proveito para si. Assim, é inaceitável a afirmação de que a liberdade de cada um termina onde começa a do outro, pois as liberdades dos indivíduos não podem ser isoladas e colocadas uma do lado da outra, uma vez que na realidade estão entrelaçadas e necessariamente inseridas num meio social.

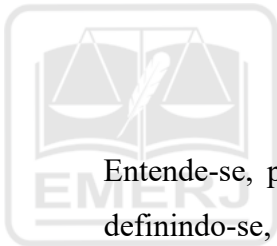
Ato contínuo, a liberdade religiosa encontra guarida no artigo 5º, inciso VI, da CRFB/88, que traz a seguinte redação: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”. Ela se expressa por três formas⁶: i) a liberdade de crença, ii) a liberdade de culto e iii) a liberdade de organização religiosa.

O Brasil, a fim de garantir a manutenção do pluralismo, é um estado que confere aos seus cidadãos o direito de escolha no que crer e em como exercer suas respectivas crenças.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 520.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 304.

⁶ SILVA, op. cit., p. 250.



Entende-se, portanto, que a liberdade em questão é voltada para toda e qualquer religião, definindo-se, dessa maneira, como um estado laico. A laicização do estado, e, por conseguinte, do Direito, é um fenômeno comum dos estados modernos, salvo algumas exceções (por exemplo, o Irã é oficialmente um estado muçulmano desde 1979), sendo o modelo mais adotado. Paulo Nader⁷ sintetizou o processo de laicização do Direito da seguinte maneira:

A laicização do Direito recebeu um grande impulso no séc. XVII, através de Hugo Grócio, que pretendeu desvincular de Deus a ideia do Direito Natural. A síntese de seu pensamento está expressa na frase categórica: ‘O Direito Natural existiria, mesmo que Deus não existisse ou, existindo, não cuidasse dos assuntos humanos.’ O movimento de separação entre o Direito e a Religião cresceu ao longo do séc. XVIII, especialmente na França, nos anos que antecederam a Revolução Francesa. Vários institutos jurídicos se desvincularam da Religião, como a assistência pública, o ensino, o estado civil. Modernamente, os povos adiantados separaram o Estado da Igreja, ficando, cada qual, com o seu ordenamento próprio. Alguns sistemas jurídicos, contudo, continuam a ser regidos por livros religiosos, notadamente no mundo muçulmano.

Apesar de laico, o constituinte originário, porém, não se afastou de seus valores religiosos, como é possível confirmar, por exemplo, pela leitura do preâmbulo da CRFB/88 (“sob a proteção de Deus”) e pelo fato de o artigo 210, § 1º, estabelecer a obrigatoriedade do ensino religioso como disciplina no Ensino Fundamental. Não obstante haver clara influência das religiões cristãs na elaboração da CRFB/88, cujos símbolos⁸ se encontram expostos em diversos órgãos públicos (inclusive no Supremo Tribunal Federal), o Brasil é tido como um estado laico justamente pela tutela que confere a todas as religiões praticadas em território nacional e por não haver uma adoção oficial por uma religião específica.

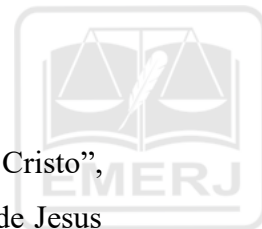
Contudo, pelo fato de as religiões cristãs serem as com o maior número de praticantes no país, é inegável que a sua influência englobe quase todas as camadas da sociedade, de modo que também atinja os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A influência da religião neste último Poder pode se tornar algo preocupante, na medida em que o magistrado, ao decidir, não lê e aplica a lei de forma isenta ao caso concreto, mas o faz com toda a sua carga humana, destilando na decisão judicial sua experiência de vida, seu psicológico e, claro, seus ideais de certo e errado pautados nos ensinamentos religiosos que segue.

A título de exemplo, recentemente (leia-se início do ano de 2020), foi proferida decisão judicial pelo TJRJ⁹ em que se determinou, em sede de agravo de instrumento, a censura de uma

⁷ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 33 e 34.

⁸ Pedro Lenza afirma que a saída que vem sendo encontrada para a utilização de crucifixos em órgãos públicos é justificar que se tratam de símbolo cultural, e não religioso. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1333.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0083896-72.2019.8.19.0000*; Relator: Des. Benedicto Abicair; Julgado em: 07/01/2020; Data da publicação: 10/01/2020. Disponível em:



obra intelectual intitulada “Especial de Natal Porta dos Fundos: a primeira tentação de Cristo”, pois, como havia grande desconforto por parte dos cristãos acerca da caracterização de Jesus Cristo, pareceu ao magistrado “mais adequado e benéfico, não só para a comunidade cristã, mas para a sociedade brasileira, majoritariamente cristã”¹⁰ a suspensão da referida obra do catálogo da plataforma de *streaming* Netflix até o julgamento do mérito da questão. Tal decisão, todavia, não prosperou.¹¹

A decisão do desembargador do TJRJ foi suspensa em decisão liminar no STF¹², que entendeu se tratar de censura a decisão de proibir a exibição da obra intelectual, mesmo ela tratando de certos valores religiosos. O exemplo trazido demonstra que, apesar de, no momento, o STF ter uma posição mais condizente com o que propõe a CRFB/88, o mesmo não se vê nas instâncias ordinárias, que têm um potencial preocupante em tomar decisões em detrimento da liberdade de expressão sob o fundamento da conservação absoluta dos valores e ideais religiosos do cristianismo.

Caso o quadro apresentado se confirme, a tendência nos tribunais será apenas uma: a utilização da censura como mecanismo de controle das obras intelectuais. Mesmo exercendo influência indireta no mundo jurídico¹³, a religião carrega um peso nas decisões judiciais, principalmente quando o caso concreto versa sobre um tema tão controvertido quanto o conflito entre liberdade de expressão e liberdade religiosa.

Conforme supramencionado, a censura é vedada no sistema constitucional vigente por expressa determinação do artigo 5º, IX, da CRFB/88, enobustecida pelo disposto no artigo 220, caput, que traz a observação de que a manifestação do pensamento não sofrerá qualquer restrição, e seu § 2º, que reza: “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Logo, não se vê como viável qualquer decisão judicial que determine a censura de obras artísticas pelo simples fato de haver uma abordagem de símbolos, personagens ou outros

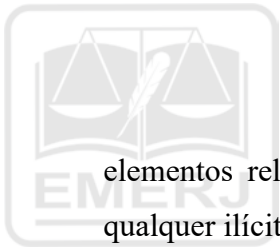
<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B536A829626D3EC542D17A8C5438F245C50B593A451B&USER=>> Acesso em: 18 mar. 2020.

¹⁰ O GLOBO. *Desembargador censura especial de Natal do Porta dos Fundos na Netflix para ‘acalmar ânimos’*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/desembargador-censura-especial-de-natal-do-porta-dos-fundos-na-netflix-para-acalmar-animos-24178422>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

¹¹ EXAME. *STF derruba censura contra Especial de Natal do Porta dos Fundos*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/stf-derruba-censura-contr-especial-de-natal-do-porta-dos-fundos/>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

¹² Apesar de a relatoria ser do Min. Gilmar Mendes, a decisão liminar que suspendeu a decisão do Des. Benedito Abicair é de autoria do Min. Dias Toffoli, pois o STF se encontrava em recesso à época do ajuizamento da Reclamação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 38.782/RJ*; Relator: Min. Gilmar Mendes; Julgado em: 09/01/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342120753&ext=.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2020.

¹³ NADER, op. cit., p. 56.



elementos religiosos que incomode determinado grupo, uma vez que não há a prática de qualquer ilícito.

Assim, malgrado o artigo 5º, XXXV, da CRFB/88 trazer o princípio da inafastabilidade da jurisdição, não cabe ao Poder Judiciário fazer as vezes de crítico da arte quando diante de um caso concreto nos mesmos moldes já expostos. Caso contrário, a censura, expressamente vedada pelo texto constitucional, passará a ser comum na jurisprudência dos tribunais, o que atentaria contra o próprio modelo de Estado Democrático e tornaria inócua a laicidade estatal.

2. O DISCURSO DE ÓDIO E A MERA EXPRESSÃO DO PENSAMENTO

O “discurso de ódio” não é novo no ordenamento pátrio nem no Direito Comparado, que comumente o designa por meio da língua inglesa como *hate speech*¹⁴. Independentemente do termo utilizado para se referir ao tema, o discurso de ódio é algo que vem se tornando cada vez mais corriqueiro no mundo nos últimos anos, sendo auxiliado, principalmente, pela facilidade e rapidez na propagação de informações por meio da internet.

Ato contínuo, pode-se dizer que o discurso de ódio guarda uma relação com a mera expressão do pensamento, na medida em que, não de modo incomum, costuma ser classificado como aquele por alguns ouvintes que simplesmente não concordam com a opinião expressada. Isso, infelizmente, tem se mostrado a tendência nas discussões entre indivíduos com visões de mundo divergentes, o que impede que se propicie debates aprofundados e enriquecedores sobre temas complexos do interesse de todos.

Por ser algo notavelmente corrosivo para as relações em sociedade, imperioso que se trace um modo de identificar¹⁵ o discurso de ódio para fins de desassociá-lo das formas de expressão que visem tão somente a exposição do pensamento. Isso se torna ainda mais relevante

¹⁴ Na abordagem ao *hate speech*, Daniel Sarmento afirma que a sua análise transcende a questão constitucional, uma vez que envolve diversos outros valores importante para uma sociedade moderna, como liberdade, igualdade e tolerância. SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro*, V. 1, n. 4, p. 55, out. 2006.

¹⁵ Marcio Rogério e Maíke Lins, em sua publicação, fazem uma distinção de forma simples e direta ao afirmarem que o direito de liberdade de expressão permite as pessoas terem opiniões diversas, sejam elas a favor ou contra a determinado assunto ou situação e não serem repreendidas por isso. Já o discurso de ódio abrange a forma que essas mesmas pessoas se comportam no momento de expressar essa opinião, uma vez que vai de encontro com a dignidade seja ela individual ou de grupo. ROGÉRIO, Marcio; LINS, Maíke. *Liberdade de expressão à luz da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55573/liberdade-de-expressao-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 2 abr. 2020.



quando a celeuma envolve religião, haja vista se tratar de tema sensível em que a divergência de opiniões tem sido tratada, frequentemente, com hostilidade.

Com efeito, as discussões religiosas têm ganhado cada vez mais destaque na sociedade, mormente nas mídias sociais, o que mostra um crescente interesse em debater certas questões religiosas diante das inovações tecnológicas, medicinais, farmacêuticas, filosóficas etc. Contudo, por se tratar de tema sensível capaz desencadear respostas agressivas por parte da população (ou até mesmo decisões judiciais atentatórias à liberdade de expressão), tem-se visto um desestímulo a esses debates, o que impede o avanço, no meio jurídico, de mecanismos que possibilitem identificar a opinião expressada como discurso de ódio ou como simples exteriorização do pensamento.

Entretanto, deve ser salientado que o desentendimento não é causado apenas porque a discussão versa sobre religião. A divergência de opiniões é natural nas relações humanas, de modo que, independentemente do tema em pauta, normalmente haverá desacordos, sobretudo no mundo jurídico. Eis o produto natural de uma sociedade pluralista e diversificada. Luís Roberto Barroso¹⁶ aborda essa questão, classificando-a como desacordos morais razoáveis, que seriam situações decorrentes de interpretações divergentes de um texto constitucional por pessoas com linha de pensamentos distintos e sem conciliação possível, como é possível depreender do trecho a seguir:

Além dos problemas de ambiguidade e linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem, também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que tem denominado de desacordo moral razoável. Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, a interrupção de gestação, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras. Nessas matérias, como regra geral, o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças. Ainda assim, inúmeras complexidades surgem, motivadas por visões filosóficas e religiosas diversas.

Dito isso, e como a sociedade jamais deixará de ter seus conflitos, a necessidade de se delimitar o que é discurso de ódio, em um contexto de colisão com a liberdade religiosa, se mostra urgente nos dias atuais a fim de se evitar, acima de tudo, que as discussões jurídicas fiquem sujeitas às idiossincrasias dos julgadores. Conforme mencionado na passagem

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 387.



supracitada, é dever do direito assegurar que as pessoas vivam a sua autonomia da vontade e suas crenças, porém isso deve ser feito a fim de não gerar uma agressão, ao mesmo tempo, à liberdade religiosa nem à liberdade de expressão, enaltecidas no artigo 5º, incisos VI e IX, da CRFB/88¹⁷.

No modelo de ordem constitucional vigente, deve-se buscar a máxima efetividade às normas que invocam direitos fundamentais, de maneira que a expressão do pensamento deve ser resguardada sempre que não agredir outros direitos fundamentais. Obviamente, a mesma regra deve ser aplicada de modo inverso, haja vista ser insustentável a utilização da liberdade de expressão para ferir direitos consolidados na CRFB/88.

Às vezes, por exemplo, o próprio exercício da liberdade de expressão em um contexto de liberdade religiosa traz o discurso de ódio para atacar outras religiões, pois se busca maculá-las para enaltecer outra específica, como já apontou o STF¹⁸ em diversas decisões. Com efeito, devem prevalecer os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

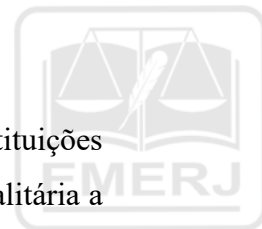
Assim, a forma ideal e mais eficaz de se determinar se a opinião exteriorizada constitui ou não discurso de ódio é atentar ao contexto no qual ela foi empregada, e não apenas para o discurso em si. Nesse sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, pois afirmam que “quando se busca situar uma hipótese no domínio normativo da garantia constitucional da liberdade de expressão, há de se atentar, igualmente, para o contexto em que o discurso é proferido”¹⁹.

Nessa toada, a opinião expressada, o meio utilizado de divulgação e o objetivo da exposição devem ser analisados conjuntamente para que se permita concluir se a liberdade de expressão foi exercida com o intuito de violar direitos fundamentais ou não. Isso é de suma importância para que a tomada de decisão não agrida, por sua vez, a liberdade de expressão legitimamente praticada, se estimule a criação de um estado de censura sem controle e incuta no pensamento das pessoas que o Poder Judiciário pode ser facilmente influenciado pela pressão social e política de determinados grupos.

¹⁷ Inciso VI: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; Inciso IX: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2020.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 146.303/RJ*. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

¹⁹ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 403.



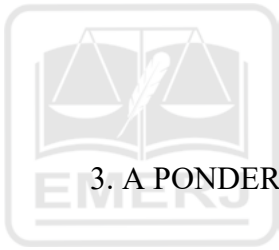
Malgrado a religião exercer inegável influência na CRFB/88 e nas Constituições Estaduais, repisa-se que o Estado é laico²⁰, devendo este, portanto, zelar de forma igualitária a todas as religiões existentes em território nacional, independentemente de serem praticadas pela minoria da população. Porém, nem sempre o ideal se reproduz no mundo dos fatos, razão pela qual cabe ao Poder Judiciário fazer esse papel de adequação do ideal ao real, e não intensificar tal discrepância.

Dessa maneira, a análise da opinião exteriorizada – suponha-se que seja uma obra de cunho artístico – deve buscar constatar se a expressão, o mecanismo de propagação da informação e, sobretudo, a finalidade para a qual o ato foi tomado visa criar situações de marginalização social de pessoas crentes ou de diminuição de determinada religião frente a outras. Em outras palavras, se há efetiva discriminação. Caso a referida averiguação tenha resposta positiva, estar-se-á diante de um discurso de ódio atentatório à liberdade religiosa, devendo haver, portanto, atuação do Poder Judiciário para determinar a censura de tal obra por não se enquadrar em legítimo exercício da liberdade de expressão.

Por outro lado, se em um estudo detido do caso, de forma isenta (no sentido de o magistrado deixar de lado, naquele momento, os seus valores religiosos), constatar-se que a intenção da obra é tão somente a informação ou, de forma mais controversa, o humor, não há que se falar em discurso de ódio religioso, uma vez que há, de forma pura e simples, o exercício legítimo da liberdade de expressão. No que toca a última hipótese, a obra humorística que trata de religião tem se mostrado a mais problemática no que se refere à isenção do magistrado, vide a dificuldade que é para qualquer pessoa se despir dos seus próprios valores humanos para a tomada de decisão judicial.

Não obstante, é responsabilidade do magistrado se apresentar de forma isenta no julgamento dos casos sob sua apreciação, principalmente naqueles que versem sobre o conflito liberdade de expressão x liberdade religiosa. Ademais, não poderia isso se dar de forma diferente, já que a existência de um julgado eivado pelo vício da parcialidade colocaria em cheque a credibilidade do Poder Judiciário, o que poderia resultar no declínio acentuado do respeito, da adesão, da aceitação e da confiança por parte da sociedade.

²⁰ Leonardo Vieira de Souza aponta que a religião está presente na vida de 92% dos brasileiros e que as Constituições propõem um estado laico, mas que “as inconsistências da laicidade absoluta se revelam ao passo que em um sistema democrático a vontade popular é predominante”. Logo, afirma que é razoável concluir que vez ou outra os cargos públicos eletivos serão ocupados por pessoas inclinadas a valores de determinada religião, refletindo, assim, o pensamento dominante do país no momento. SOUZA, Leonardo Vieira de. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/02/14/o-principio-da-laicidade-na-constituicao-federal-de-1988/>>. Acesso em: 2 abr. 2020.



3. A PONDERAÇÃO COMO FORMA DE GARANTIA DO ESTADO LAICO

Como afirmado anteriormente, o modo de atuação do Poder Judiciário em situações de conflito de normas constitucionais é essencial a fim de que se garanta a manutenção de um estado laico. Destarte, no que toca o embate entre liberdade de expressão e liberdade religiosa, o mecanismo da ponderação é o mais indicado na resolução de tal conflito, buscando a associação ideal entre a vontade do constituinte e a realidade social existente no momento da tomada de decisão.

Com efeito, a ponderação utilizada pelo magistrado para que se decida o caso concreto decorre de um princípio fundamental que rege as normas da CRFB/88: o princípio da unidade da constituição. Dita o referido princípio que a CRFB/88 deve ser interpretada na sua inteireza, de modo que eventuais contradições contidas em suas normas devem ser entendidas como não existentes pois não se deve considerar uma norma constitucional fora do sistema que ela integra. Nesse diapasão, segundo Pedro Lenza²¹, “as normas deverão ser vistas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios”.

Ademais, mormente no caso de conflito entre liberdade de expressão e liberdade religiosa, não basta que se escolha um lado ou outro de forma arbitrária. Pelo contrário, deve o magistrado, ao utilizar a ponderação, demonstrar por meio de seus argumentos²² as razões pelas quais justifiquem que uma norma deva prevalecer, naquele caso concreto, sobre outra. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso²³:

Constituições são documentos dialéticos e compromissórios, que consagram valores e interesses diversos, que eventualmente entram em rota de colisão. Essas colisões podem dar-se, em primeiro lugar, entre princípios ou interesses constitucionalmente protegidos. É o caso, por exemplo, da tensão entre desenvolvimento nacional e proteção do meio ambiente ou entre livre-iniciativa e repressão ao abuso do poder econômico. Também é possível a colisão entre direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o direito de privacidade, ou entre a liberdade de reunião e o direito de ir e vir (no caso, imagine-se, de uma passeata que bloqueie integralmente uma via de trânsito essencial). Por fim, é possível cogitar colisão de direitos fundamentais com certos princípios ou interesses constitucionalmente protegidos, como o caso da liberdade individual, de um lado, e a segurança pública e a persecução penal, de outro. Em todos esses exemplos, a vista do princípio da unidade da Constituição, o intérprete não pode escolher arbitrariamente um dos lados, já que não há hierarquia entre normas constitucionais. De modo que ele precisará demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e

²¹ LENZA, op. cit., p. 207.

²² Na forma do inciso IX do artigo 93 da CRFB/88: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. BRASIL, op. cit., nota 17.

²³ BARROSO, op. cit., p. 387 e 388.

uso da proporcionalidade, que determinada solução realiza mais adequadamente a vontade da Constituição naquela situação específica.

É inegável que no exercício da função jurisdicional irá haver, em um caso ou outro, a pressão de uma parcela da sociedade em favor de uma determinada parte. Isso ocorre de forma mais comum em casos com grande cobertura midiática ou de grande impacto e disseminação nas redes sociais. Tal situação não haveria como ser diferente em um estado democrático de direito, uma vez que os julgadores atuam em prol da coletividade, devendo, portanto, prestar contas²⁴ a ela pois havendo divergência entre uma sentença e o sentimento social a tendência será a resistência da sociedade em cumprir tal decisão.

No que diz respeito à técnica de ponderação propriamente dita, ela é aplicada para alcançar uma solução em que se dê máxima efetividade aos direitos constitucionais em conflito, e impondo o mínimo de restrição possível a estes. Em um sistema jurídico como o brasileiro em que se enaltece o princípio da unidade da constituição (não há qualquer contradição entre suas normas) não teria como ser diferente, haja vista a técnica do “tudo ou nada” ser flagrantemente contrária ao referido princípio. Nas lições de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco²⁵ acerca de conflito de princípios (raciocínio também aplicável ao conflito de direitos fundamentais por traduzirem princípios):

Os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai. (...) Dessa característica resulta que, num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que acode aos casos de conflito entre regras. No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.

As normas inseridas na CRFB/88, em grande parte, contêm cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, de maneira que cabe ao julgador traduzir a vontade do constituinte. Nesse sentido, leciona Luís Roberto Barroso²⁶ que o juiz exerce uma função

²⁴ Diz Luís Roberto Barroso que “a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social”. Assim, a autoridade para fazer valer a Constituição depende da confiança dos cidadãos. *Ibid.*, p. 405 e 406.

²⁵ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 272.

²⁶ Para o autor, “a lei fornece parâmetros, mas somente à luz do caso concreto, dos elementos subjetivos e objetivos a ele relacionados, tal como apreendidos pelo aplicador do Direito, será possível a determinação da vontade legal. BARROSO Luís Roberto, Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, V. 235, p. 18, jan-mar. 2004.



integradora da norma, complementando-a com a sua valoração (feita de acordo com a sua experiência de vida, crenças, valores morais etc.), o que denota a essencialidade de que o magistrado julgue de forma justa para que não agrida direitos fundamentais. E é nesse ponto que entra a técnica de ponderação no conflito entre liberdade de expressão e liberdade religiosa no contexto das obras de cunho artístico.

Em um estado laico como o brasileiro, não há como imaginar que a liberdade religiosa irá sempre prevalecer sobre a liberdade de expressão. De igual maneira, não há como se classificar um estado como laico aquele que confere maior proteção e destaque a uma determinada religião em detrimento de outras. Tais situações iriam de encontro ao objetivo da CRFB/88 de se estimular a pluralidade na sociedade e a própria laicidade estatal. Dessa forma, independentemente do credo seguido pelo magistrado, sua valoração deve ser de forma a dar máxima eficiência aos direitos fundamentais em conflito, impondo, ao mesmo tempo, o mínimo de restrição possível.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso²⁷, a ponderação pode ser classificada como um processo de três etapas. Na primeira, o julgador deve determinar quais são as normas que podem ser aplicadas ao caso sob análise, verificando, ao mesmo tempo, a possibilidade de conflitos entre tais normas. Na segunda, avalia-se os fatos apresentados pelo caso concreto e como eles se relacionam com as normas estabelecidas na primeira etapa. Finalmente, na terceira, o magistrado deve examinar, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, as normas e os fatos concretos conjuntamente. Superadas todas as etapas descritas, será possível ao julgador determinar qual dos direitos fundamentais em conflito deverá ser aplicado em maior grau naquele caso concreto.

A respeito do conflito liberdade de expressão x liberdade religiosa, a técnica de ponderação, e as etapas acima descritas, devem ser seguidas rigorosamente pelo intérprete da norma para que haja um julgamento justo que encontre um meio termo entre os anseios da sociedade e a vontade do constituinte. Dessa forma, evita-se uma valoração arbitrária e que os jurisdicionados fiquem submetidos às idiosincrasias do julgador da causa, que, não raro, por decidir mais com o coração do que com a razão, acaba por gerar decisões judiciais contrárias ao que dispõe a CRFB/88, o que pode acabar gerando, assim, uma situação de insegurança e desconfiança por parte da população.

CONCLUSÃO

A laicidade estatal, na forma como é colocada no texto constitucional, deve ser mantida a fim de garantir os demais direitos fundamentais da liberdade de expressão e da liberdade religiosa. Decerto, não há outra maneira de se conceber um estado definido como laico na atual ordem jurídica, que preza pela igualdade de tratamento de todas as religiões, nem de zelar pela manutenção de um estado democrático de direito, que visa garantir a observância aos direitos fundamentais.

O direito fundamental à liberdade de expressão é de suma importância no desenvolvimento do saber, na disseminação de informação e na produção e propagação de cultura, esta última em constante declínio no cotidiano da sociedade. Paradoxalmente, tem se tornado cultural a constante desvalorização das obras de cunho artístico nacional, o que indica que a proteção ao referido direito exercido com tal finalidade, em situação de conflito com outras normas constitucionais, é de essencial importância, contanto que não carregue em sua mensagem qualquer discurso de ódio.

Por sua vez, o direito fundamental à liberdade religiosa também é de igual importância, porém para outros motivos: o exercício da crença, a liberdade de culto e o senso de comunhão e pertencimento a um determinado grupo. Pode-se entender, portanto, ambos os direitos fundamentais ora tratados como um desdobramento da dignidade da pessoa humana, valor máximo a ser tutelado não só pelo Poder Judiciário, mas por todos os demais Poderes e indivíduos em território nacional. Contudo, não negando a sua importância, a liberdade religiosa, assim como os demais direitos presentes na CRFB/88, não é absoluta, de modo que a sua tutela em detrimento de outro direito em todo e qualquer caso trará uma situação de instabilidade e de insegurança jurídica, podendo, inclusive, traduzir em violação à própria laicidade estatal no caso de haver predileção às religiões cristãs em comparação às demais doutrinas religiosas.

Assim sendo, diante de um caso concreto que verse sobre o conflito liberdade de expressão x liberdade religiosa, em que haja no caso uma obra de natureza artística que aborda uma questão ou figura religiosa, deve o magistrado buscar a solução justa ao caso, e não agir de forma desarrazoada e sem fundamentos jurídicos críveis para determinar uma censura apenas por não apreciar a abordagem feita pela obra em um legítimo exercício da manifestação do pensamento. Nesse contexto, a ponderação realizada de forma isenta, fundamentada e desprovida de quaisquer vieses se mostra o mecanismo de julgamento mais adequado para se



alcançar a solução mais justa ao caso concreto, uma vez que não apenas cumprirá o seu objetivo de promover o apaziguamento social, como também criará precedentes menos duvidosos e temerários, algo que, definitivamente, será benéfico à sociedade a longo prazo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, V. 235, p. 18, jan-mar. 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RCL nº 38.782/RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL38782.pdf>>. Acesso em: 5 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 146.303/RJ*. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sexta Câmara Cível. *AI Cível nº 0083896-72.2019.8.19.0000*. Relator: Des. Benedicto Abicair. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B536A829626D3EC542D17A8C5438F245C50B593A451B&USER=>>>. Acesso em: 5 mai. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

EXAME. *STF derruba censura contra Especial de Natal do Porta dos Fundos*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/stf-derruba-censura-contr-especial-de-natal-do-porta-dos-fundos/>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

O GLOBO. *Desembargador censura especial de Natal do Porta dos Fundos na Netflix para 'acalmar ânimos'*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/desembargador-censura-especial-de-natal-do-porta-dos-fundos-na-netflix-para-acalmar-animos-24178422>>. Acesso em: 21 mar. 2020.



ROGÉRIO, Marcio; LINS, Maíke. *Liberdade de expressão à luz da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55573/liberdade-de-expressao-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, V. 1, n. 4, p. 55, out. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Leonardo Vieira de. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/02/14/o-principio-da-laicidade-na-constituicao-federal-de-1988/>>. Acesso em: 2 abr. 2020.



A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Alessandra Aparecida Citarella Alves

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada. Pós-graduada em Direito Tributário e
do Trabalho pela Universidade Candido Mendes.

Resumo – as condutas consideradas insignificantes, pelo Direito Penal, se apresentam de formas variadas, e por isso, intrigantes. Está consolidado o entendimento na doutrina e na Jurisprudência de que o Direito Penal não deve ser aplicado às condutas consideradas insignificantes, devendo se utilizar o Princípio da Insignificância, visando afastar a aplicação do Direito Penal às condutas sem relevância penal. Entretanto, a ausência de norma regulamentadora acaba por trazer insegurança jurídica para a aplicação do Princípio pelos Delegados de Polícia. A essência do trabalho é abordar a possibilidade de aplicação do referido Princípio, pelos Delegados de Polícia, visando evitar que condutas irrelevantes para o Direito Penal sejam objeto de inquéritos policiais.

Palavras-Chave – Direito Penal. Direito Processual Penal. Princípio da Insignificância. Aplicação. Delegado de Polícia.

Sumário – Introdução. 1. A aplicação do Princípio da Insignificância pelo Delegado de Polícia. 2. Da aplicação da lei de abuso de autoridade caso o Princípio da insignificância não seja utilizado pelo Delegado de Polícia, uma breve discussão. 3. Da solução do impasse para aplicação do Princípio da Insignificância pelo Delegado de Polícia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância pelo Delegado de Polícia. Apresenta ainda, os riscos e benefícios da aplicação do instituto, tendo em vista a ausência de norma regulamentadora sobre o tema, o que demonstra verdadeira lacuna legislativa. Ademais, traz a discussão sobre a aplicação da lei de abuso de autoridade, caso o Princípio não seja utilizado pelo Delegado, bem como busca solucionar o impasse com base em dispositivos legais e com base na Constituição da República Federativa do Brasil.

O objetivo do presente estudo é identificar a possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância pelo Delegado de Polícia, em que pese não haver norma regulamentadora sobre o tema, haja vista que o referido Princípio vem cada vez mais sendo aplicado pelos Juízes, tribunais de primeira, segunda instância e Tribunais Superiores, porém é discutível a aplicação pelo Delegado de Polícia, face à ausência de regulamentação legal. É realizada análise sobre a possibilidade, com base na doutrina moderna, Lei e normas Constitucionais, visando evitar que



inquéritos desprovidos de justa causa sejam instaurados, ocasionando prejuízos aos envolvidos e ao Estado, que terá a máquina estatal movimentada de forma inócua e sem necessidade.

Para tanto apresentam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, visando discutir sobre a possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância diretamente pelo Delegado de Polícia que poderá decidir se a conduta é ou não passível de ser considerada insignificante e assim decidir por não instaurar o inquérito, sendo que a parte que se sentir prejudicada poderá socorrer-se das vias judiciais, em face de quem cometeu a conduta, podendo se utilizar de ações de indenização, responsabilidade civil, danos morais, haja vista que o Direito Penal não deve ser utilizado para tratar de questões facilmente solucionáveis por outras áreas do Direito.

A controvérsia cinge-se no fato de que o Princípio da Insignificância trouxe benefícios de agilidade na conclusão dos processos, porém como já dito em linhas anteriores a ausência de regulamentação legal traz insegurança jurídica sobre a possibilidade de o Delegado de Polícia, por não fazer parte do Judiciário, poder aplicar o referido Princípio que é aplicado por juízes, Desembargadores e Ministros.

Para melhor abordar a possibilidade de o Delegado de Polícia aplicar o Princípio da Insignificância, buscou-se apresentar o conceito do Princípio da Insignificância, o entendimento dos Tribunais Superiores sobre o conceito do Princípio e seus vetores, bem como demonstrar o entendimento doutrinário neste sentido.

O primeiro capítulo traz o conceito do Princípio da Insignificância, sob o ponto de vista doutrinário e Jurisprudencial, sua aplicação pelos Tribunais, a fixação pelo STF de 4 (quatro) vetores de aplicação. Segue enfrentando a questão da possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância pelo Delegado de Polícia, a ausência de norma regulamentadora, bem como os possíveis desdobramentos referentes à ausência de norma regulamentadora.

O segundo capítulo aborda o fato de que o Delegado de Polícia por se tratar de servidor público não pode fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Neste capítulo se abordará a natureza jurídica do Princípio da Insignificância, a questão da exclusão da tipicidade, a ausência de justa causa a ensejar ação judicial, sob o prisma da teoria tripartite de crime. Ademais o capítulo traz breve discussão sobre a aplicação da Lei de Abuso de Autoridade caso o Princípio não seja utilizado pelo Delegado de Polícia.

O terceiro capítulo analisa as vantagens na aplicação do Princípio da Insignificância, trazendo formas de solução do impasse, com base na analogia, na Lei e na Constituição da República Federativa do Brasil.



A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora elegeu um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, que é aplicável ao estudo, devido ao fato de não existir quantidade significativa de trabalhos científicos tratando especificamente sobre o tema. Assim sendo, a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a sua tese.

1. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

O Princípio da Insignificância, também conhecido como Princípio da Bagatela, tem sua origem nas lições de Claus Roxin¹, que aperfeiçoou a tese de Hans Welzel. Em conformidade com esta tese, o direito penal não deve ser aplicável às lesões insignificantes. É interessante lembrar que o Direito Penal trata-se de verdadeiro “soldado de reserva”, somente devendo ser aplicado aos casos nos quais as outras áreas do direito não conseguiram êxito, tais como o Direito Civil, com a chamada responsabilidade civil, o direito administrativo, com a responsabilidade administrativa, dentre outras especialidades do direito.

Tal Princípio não está expressamente disposto no Código Penal, sendo construção doutrinária e jurisprudencial, aplicável no ordenamento brasileiro. A doutrina² conclui que: “condutas causadoras de danos ou perigos ínfimos aos bens penalmente protegidos são consideradas (materialmente atípicas)”.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal fixou 4 (quatro) vetores para a aplicação do Princípio da insignificância, são eles: a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, a mínima ofensividade da conduta e a

¹ ESTEFAM, André. *Direito Penal esquematizado* – Parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 128.

² *Ibidem*.



inexpressividade da lesão jurídica provocada, conforme verifica-se dentre outros processos do HC nº 84.412/SP³ e do HC nº 136.896/MS⁴.

O Princípio da insignificância afasta a tipicidade da conduta considerando-a atípica, o que equivale a dizer que não poderá ser considerada crime a conduta praticada sob o “manto” do referido Princípio, eis que de acordo com a teoria tripartite crime é todo fato típico, ilícito e culpável. Dessa forma, não havendo um destes elementos a conduta não constitui crime.

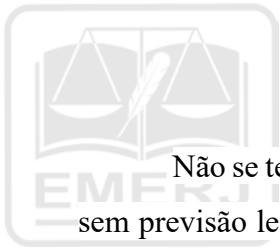
O Delegado de Polícia, em regra, é o primeiro contato do agente que praticou a conduta, com a lei, podendo ser considerado verdadeira “porta de entrada” nos procedimentos legais, tais como, emissão do boletim de ocorrência, oitivas dos envolvidos, instauração de inquérito policial, termo circunstanciado dentre outros procedimentos. Somente após o desenvolvimento regular de todos os procedimentos na Delegacia de Polícia é que o acusado terá contato com as demais fases do procedimento, com a instauração do processo judicial, que envolverá inclusive o Ministério Público e Defesa.

Assim sendo, observa-se que a aplicação do Princípio da insignificância pelo delegado de polícia evita que o agente que praticou a conduta insignificante venha a ser submetido à inquérito policial e eventual ação penal. Ademais, evita que a máquina do Poder Judiciário seja movimentada sem necessidade ou interesse estatal, evitando ainda o dispêndio de verbas públicas com processos que em última análise não terão qualquer eficácia, visto que ao final o acusado deverá ser absolvido com base no Princípio da Insignificância.

Ocorre que, não há lei regulando a matéria, qual seja, a possibilidade de o Delegado de Polícia aplicar o Princípio da Insignificância e deixar de instaurar o procedimento administrativo, o que traz verdadeira instabilidade ao delegado, eis que o funcionário público deve se ater, dentre outros Princípios, ao Princípio da legalidade, ou seja, está autorizado a fazer o que a lei dispõe, porém considerando o fato de que a matéria – aplicação do Princípio da insignificância pelo delegado de polícia – não estar devidamente regulamentada em lei alguns riscos podem ser experimentados pelo delegado, tais como entendimento de que o delegado teria praticado em tese prevaricação, até mesmo concussão ou corrupção passiva pelo fato de ter ciência de suposto crime sem contudo adotar as providências necessárias para investigação da conduta praticada pelo agente.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.412/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[https:// portal.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002](https://portal.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002)>. Acesso em: 21 ago. 2020.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 136.896/MS*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5046507>>. Acesso em: 21 ago. 2020.



Não se tem dúvidas que o magistrado pode aplicar o Princípio da insignificância, mesmo sem previsão legal neste sentido. Da mesma forma o delegado de polícia, autoridade policial, integrante da Segurança Pública, conforme artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil⁵, deve ser reconhecido como agente público com competência e poder para a aplicação do Princípio da insignificância.

Nas palavras de Henrique Hoffman, “Mais do que um poder do delegado de Polícia, a aplicação do princípio da insignificância é um dever no desempenho da sua missão de garantir direitos fundamentais.”⁶

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a ausência de justa causa para o prosseguimento do inquérito policial visando apurar conduta que não tem importância para o direito penal, por ausência de ofensividade.⁷ No *Habeas Corpus* o STJ tratou de crime ambiental, qual seja, guarda de aves (papagaio e galo de campina) não ameaçadas de extinção na residência do agente, trancando a ação penal por falta de justa causa, aplicando o Princípio da insignificância penal, tendo em vista a impossibilidade de lesão ao bem jurídico. Sendo, interessante ponderar que movimentar a máquina do judiciário, tendo de submeter a matéria ao STJ poderia ter sido evitado caso o delegado de polícia tivesse aplicado o Princípio da insignificância, haja vista que os tribunais superiores estão trancando as ações penais por condutas insignificantes.

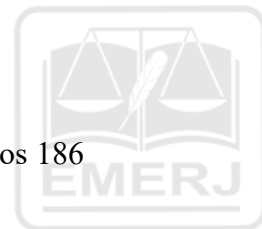
De outro giro, cumpre indagar como o delegado de polícia poderia instaurar procedimento administrativo desprovido de justa causa? Neste caso, poderia, tal conduta ser considerada abuso de autoridade?

Sem dúvidas afastar-se a necessidade de jurisdicionalização de condutas insignificantes traz benefícios a todos os envolvidos, Estado, agente que praticou a conduta e vítima, privilegiando o postulado da intervenção mínima, evitando desproporcionalidade entre a conduta e o período que o processo tramita até o efetivo trancamento da ação penal, rejeição da denúncia ou queixa; ou improcedência da ação penal. Nesta perspectiva a vítima poderá lançar mão de outras áreas do direito para se ressarcir de supostos e ínfimos prejuízos acaso existentes,

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

⁶ CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro. *Delegado pode e deve aplicar o Princípio da insignificância*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-18/academia-policia-delegado-aplicar-principio-insignificancia#_ftnref13>. Acesso em: 21 ago. 2020.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 72.234/PE*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8854004/habeas-corpus-hc-72234-pe-2006-0272965-2/inteiro-teor-13940081?ref=amp>>. Acesso em: 21 ago. 2020.



como é o caso do Direito civil, em ações reparatórias ou de cobrança baseadas nos artigos 186 e 927 do Código Civil⁸, abaixo transcritos.

O artigo 186⁹, expressamente dispõe que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O artigo 927¹⁰, expressamente dispõe que: “Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Assim sendo, se verifica que o Direito Civil é instituto perfeitamente aplicável aos casos que possam envolver eventuais condutas que possuam grau ínfimo de agressão ao bem jurídico tutelado, deixando de utilizar o Direito Penal como resposta, tendo em vista que o Direito Penal é considerado a última “*ratio*”, verdadeiro soldado de reserva, não devendo ser aplicado às condutas que podem ser resolvidas por outras disciplinas do direito, neste caso o Direito Civil.

2. A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Conforme dito em linhas anteriores o Princípio da Insignificância trata-se de construção doutrinária e jurisprudencial devidamente reconhecido pelo STF que, inclusive fixou vetores de aplicação do referido Princípio. Vale lembrar que por não existir diploma legal regulamentando a matéria, o delegado pode experimentar incertezas quando se deparar com conduta que é passível de ser interpretada como insignificante.

O ponto mais sensível é que pelo fato de o delegado tratar-se de servidor público somente pode fazer o que a lei determine, porém não há lei que autorize ao delegado deixar de investigar determinada conduta por entender ser ela insignificante. Neste sentido, faz-se necessário socorrer-se da natureza jurídica do Princípio para verificar se realmente o delegado poderia aplicar tal Princípio.

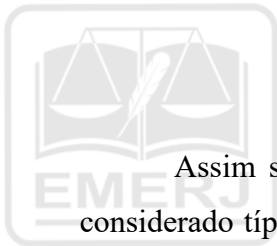
A doutrina¹¹ entende que “Quanto à sua natureza jurídica, é tema pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que o Princípio da Insignificância é uma causa de exclusão da tipicidade material”.

⁸ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ MOREIRA, Ana Luísa Nogueira. *O Princípio da Insignificância e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro: alguns apontamentos*. Disponível em:<ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-insignificancia-e-sua-aplicacao-no-direito-penal-brasileiro-alguns-apontamentos>. Acesso em: 30 ago. 2020.



Assim sendo, tratando-se de exclusão da tipicidade o fato praticado não poderá ser considerado típico e, portanto, também não poderá ser considerado crime, eis que o conceito analítico de crime para a teoria tripartite, predominante no Brasil e na teoria estrangeira¹² é o fato típico, antijurídico e culpável. Em outras palavras se o fato não é típico, ou seja, se não está previsto na lei como crime, faltaria um dos elementos do crime e, portanto, a conduta não poderia ser considerada penalmente relevante.

A tipicidade é entendida como a relação de subsunção entre um fato concreto e um tipo penal. Caso haja esta subsunção haverá a tipicidade formal, porém, a lesão ou perigo de lesão ao bem penalmente tutelado e a (tipicidade material).¹³

De outro giro, se a conduta não pode ser considerada crime o delegado de polícia não tem justa causa para instaurar inquérito, visando a apuração da conduta, tendo em vista que não há crime ou contravenção a se investigar. Sendo este o raciocínio que embasa a viabilidade de o delegado de polícia analisar a conduta e identificando os vetores fixados pelo STF, para aplicação do Princípio da insignificância, deixar de adotar qualquer providência administrativa de apuração da conduta em procedimento investigatório.

Relembre-se que o Supremo Tribunal Federal fixou 4 (quatro) vetores para a aplicação do Princípio da insignificância, são eles: a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, a mínima ofensividade da conduta e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, conforme verifica-se dentre outros processos do HC nº 84.412/SP¹⁴ e do HC nº 136.896/MS¹⁵.

Deste modo, é necessário esclarecer que o delegado de polícia não pode instaurar procedimento administrativo de apuração de conduta que seja atípica, porém caso o faça poderá ser enquadrado, em tese, no artigo 27 da lei de abuso de autoridade¹⁶, abaixo transcrito: “Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa.”

O dispositivo supra mencionado foi objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ADI nº 6234¹⁷ e ADI nº 6240¹⁸ que tramitam no Supremo Tribunal

¹² ESTEFAM, op. cit., p. 284.

¹³ Ibidem, p. 316.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6234*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5782871>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6240*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5795682>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

Federal, porém não foram conhecidas por ilegitimidade ativa, o que equivale a dizer que o referido dispositivo continua apto a produzir efeitos jurídicos.

Assim sendo, observa-se a imperiosa necessidade de o delegado de polícia aplicar o Princípio da insignificância, quando observar que estão presentes os requisitos de sua aplicação, haja vista que sua conduta, caso não aplique tal Princípio, poderia ser interpretada até mesmo como abuso de autoridade, por óbvio caso ficasse comprovados os requisitos do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei de Abuso de Autoridade, cite-se: “[...] a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.”¹⁹

Em suma, a lacuna legislativa, no sentido de regulamentar a matéria, qual seja a possibilidade de o delegado de polícia aplicar o Princípio da insignificância deixando de instaurar os procedimentos administrativos, prejudica sobremaneira o trabalho do delegado, eis que caso não instaure o inquérito por entender se tratar de conduta insignificante poderá até mesmo vir a ser processado por prevaricação, concussão ou corrupção passiva pelo fato de ter ciência de crime sem contudo adotar as providências necessárias para investigação do fato. Por outro lado, caso instaure o procedimento poderá ser processado por abuso de autoridade, o que ocasionará a necessidade de o Delegado de Polícia se defender de eventuais acusações neste sentido.

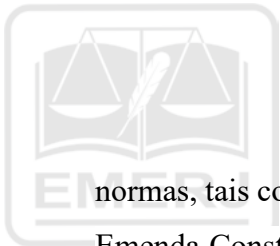
3. DA SOLUÇÃO DO IMPASSE PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

O impasse e a insegurança jurídica ocasionados pela ausência de regulamentação legal – lacuna legislativa - sobre a possibilidade de o Delegado de Polícia aplicar o Princípio da Insignificância poderá ser solucionado utilizando-se de normas legais, aplicáveis por analogia “*in bonam partem*” ao caso concreto. Neste sentido segundo Guilherme Nucci²⁰, a analogia “*in bonam partem*”, “É o uso da analogia em benefício do réu, pois permite a sua absolvição ou aplicação de pena mais branda a uma situação fática não prevista expressamente em lei”.

Verifica-se, portanto, que a aplicação do Princípio da Insignificância beneficia o agente da conduta, pois não será instaurada persecução penal. Assim sendo, poderão ser utilizadas

¹⁹BRASIL. Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 30 ago.2020.

²⁰NUCCI, Guilherme de Souza. *Analogia in bonam partem*. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/dicas/analogia-in-bonam-partem>>. Acesso em: 13 set. 2020.



normas, tais como a Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX²¹, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que dispõe que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]”.

Ademais o Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de Setembro de 1942²², denominado Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mais conhecido como LINDB em seu artigo 20 e parágrafo, que foram incluídos pela Lei nº 13.655 de 2018²³ também poderá ser utilizado pelo Delegado de Polícia para aplicar o Princípio da Insignificância.

O artigo 20 da referida Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro dispõe que: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

O parágrafo único do referido artigo dispõe expressamente que: “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

Não se pode olvidar que a Lei nº 12.830 de 20 de Junho de 2013²⁴, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, expressamente prevê em seu artigo 2º, parágrafo 6º que “O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.”

Ressalte-se ainda que a referida Lei dispõe que cabe ao Delegado de Polícia, na qualidade de autoridade policial, a condução da investigação criminal. Neste sentido, observa-se que o Delegado de Polícia é reconhecidamente uma autoridade e possui poderes na condução da investigação criminal, o que também poderá ser levado em consideração para embasar a total viabilidade e possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância pelo Delegado de Polícia.

Da análise dos dispositivos legais, que norteiam as atividades do Agente Público²⁵, que “em Direito Administrativo é toda pessoa que presta um serviço público, sendo funcionário público ou não, sendo remunerado ou não, [...]”

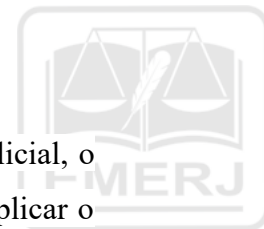
²¹BRASIL, op. cit., nota 5.

²²BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm >. Acesso em: 13 set. 2020.

²³ BRASIL. *Lei nº 13.655*, de 25 de Abril de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm >. Acesso em: 14 set. 2020.

²⁴BRASIL. *Lei nº 12.830*, de 20 de junho de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm >. Acesso em: 14 set. 2020.

²⁵WIKIPÉDIA a Enciclopédia Livre. *Agente Público*. Disponível em:< https://pt.wikipedia.org/wiki/Agente_público>. Acesso em: 13 set. 2020.



Perfeitamente enquadrado como Agente Público, tratando-se de autoridade policial, o Delegado de Polícia poderá utilizar-se dos diplomas legais supra mencionados para aplicar o Princípio da Insignificância, fundamentando, motivando a sua decisão, visando demonstrar o acerto de sua decisão de não instaurar o inquérito policial ou procedimento investigativo, o que possibilitará até mesmo a análise judicial póstuma, caso surja algum questionamento sobre a decisão do Delegado.

O Judiciário com base na Teoria dos motivos determinantes, a qual verifica a validade do ato analisando a correspondência entre os motivos expostos e a existência dos fatos que ensejaram a tomada de decisão, poderá analisar a decisão do delegado. Neste sentido, vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça²⁶ adota esta teoria dos motivos determinantes: “Ao motivar o ato administrativo a Administração ficou vinculada aos motivos ali expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tem aí aplicação a denominada teoria dos motivos determinantes, [...]”.

Não sendo despiciendo ressaltar que a motivação foi erigida à Princípio da administração Pública, conforme leciona Rafael Carvalho Rezende Oliveira²⁷:

apesar da polêmica em torno da necessidade de motivação dos atos administrativos a legislação consagrou o princípio da motivação no processo administrativo (arts. 2º, *caput* e parágrafo único, VII, e 50 da Lei nº 9.784/1999). Os agentes públicos devem indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão administrativa.

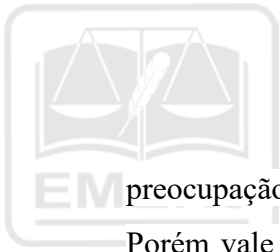
Interessante observar a alteração do Código de Processo Penal com a inclusão do Juiz das Garantias, que foi inserido pela Lei nº 13.964/2019²⁸ no Código de Processo Penal, sendo certo que o referido Juiz das Garantias poderá trancar o inquérito quando não houver fundamento razoável para sua instauração, é o que se verifica do artigo 3º., B, inciso IX do referido diploma legal “IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;”

O dispositivo reforça a ideia sobre a desnecessidade de instauração de inquéritos desprovidos de fundamento razoável, pois além de criar a figura do Juiz de Garantias ainda lhe concede poderes para trancar o inquérito que seja desprovido de fundamentação razoável para instauração e conseqüentemente para seu regular prosseguimento. Neste sentido, é latente a

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 9772/PE*. Relator: Ministro Vicente Leal. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/351394/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-9772-pe-1998-0034898-0> >. Acesso em: 14 set. 2020.

²⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 358.

²⁸ BRASIL. *Lei nº 13.964/2019*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm >. Acesso em: 13 set. 2020.



preocupação do Legislador de evitar inquéritos desprovidos de justa causa para sua instauração. Porém vale a pena ressaltar que os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal, estão sendo objeto de Controle de Constitucionalidade, tendo sido impetradas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 6.298, 6299, 6300 e 6305²⁹, nas quais o Ministro Relator Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal suspendeu “*sine die*” a eficácia da Lei no que se refere ao Juiz de Garantias. “O ministro, que é o relator das ações ajuizadas contra a medida, entende que é necessário reunir mais subsídios sobre os seus reais impactos.”³⁰”

É interessante mencionar que a crítica aos dispositivos supra mencionados se refere à insuficiência de magistrados para suprir a demanda que certamente surgirá com a implementação da figura do Juiz de Garantias, cuja criação pretende evitar injustiças.

Isto posto, conclui-se que o Delegado de Polícia que se depare com conduta insignificante poderá, motivando sua decisão, deixar de instaurar o inquérito policial, baseando-se na aplicação do Princípio da Insignificância, haja vista que o ato administrativo deve ser necessariamente fundamentado/motivado, conforme verifica-se dos diplomas legais supra mencionados, não havendo motivos para que o Delegado instaure inquérito e movimente a máquina administrativa em fatos insignificantes que não possuem relevância jurídica para o Direito Penal, bastando que motive/fundamente no caso concreto a decisão de não instaurar o procedimento investigativo por ausência de justa causa, por tratar-se de fato insignificante. Sendo certo que nestes casos nada impede que a vítima da conduta, caso se sinta prejudicada ingresse no âmbito civil com demanda reparatória de seus direitos, pois não cabe aplicar o Direito Penal a condutas insignificantes.

CONCLUSÃO

Este trabalho constatou, como problemática essencial a insegurança jurídica ocasionada pela ausência de norma regulamentadora que embase a aplicação do Princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia, bem como a ausência de lei que defina o referido princípio e fixe os requisitos para sua aplicação. Tal fato, gera um embate sob os enfoques da necessidade de lei regulamentadora para que o servidor público possa fazer ou deixar de fazer algo, bem como o risco de o Delegado ser acusado de prevaricação caso deixe de instaurar o inquérito ou até

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 6.298/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf> >. Acesso em: 13 set. 2020.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Imprensa*. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253> >. Acesso em: 13 set. 2020.



mesmo por abuso de autoridade caso venha a instaurar o inquérito de conduta considerada insignificante.

De um lado os magistrados, apoiados em entendimentos jurisprudenciais e orientação do STF, aplicam o Princípio da insignificância e extinguem o processo, sem maiores percalços. De outro lado, os Delegados que lidam primeiramente com as condutas e que possuem condições de analisar sobre a necessidade de instauração do inquérito acabam por se deparar com a insegurança de não haver jurisprudência ou norma que lhes embase a aplicação do Princípio de forma direta, evitando a instauração de inquérito, cujo processo seria apenas desperdício de tempo e dinheiro da administração pública, sem justa causa suficiente a embasar o processo penal.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que pouco se discute sobre este tema e a os conflitos judiciais anteriormente eram desprovidos de uma técnica científica, até que o STF fixou os requisitos para aplicação do referido Princípio, pelo Judiciário. Porém, não abrange a possibilidade de aplicação pelos Delegados de Polícia revelando – portanto, ausência de sistemática, uniforme e cientificamente organizada, a fim de garantir segurança jurídica – para aplicação do Princípio pelo Delegado de Polícia.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do trabalho consiste na defesa da tese de que não há outro caminho para legitimar a decisão do Delegado de Polícia de aplicar o Princípio da Insignificância senão sob os argumentos fundados na Constituição, nos artigos de lei anteriormente mencionados, mormente baseando-se na motivação/fundamentação da decisão, casuisticamente, aplicando o Princípio da Insignificância, eis que não há motivos para que o Delegado instaure inquérito e movimente a máquina administrativa em condutas insignificantes que não possuem relevância jurídica para o Direito Penal, bastando que motive/fundamente, adequadamente, no caso concreto a decisão de não instaurar o procedimento investigativo por ausência de justa causa, por tratar-se de conduta insignificante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. *Decreto-Lei n° 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm >. Acesso em: 13 set. 2020.



_____. *Lei n° 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/11406compilada.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. *Lei n° 12.830*, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. *Lei n° 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. *Lei n° 13.869*, de 05 de setembro de 2019. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. *Lei n° 13.964/2019*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84.412/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:<<https://http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 136.896/MS*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em:< <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5046507>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 72.234/PE*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8854004/habeas-corpus-hc-72234-pe-2006-0272965-2/inteiro-teor-13940081?ref=amp>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro. *Delegado pode e deve aplicar o Princípio da insignificância*, Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2015-ago-18/academia-policial-delegado-aplicar-principio-insignificancia#_ftnref13>. Acesso em: 21 ago. 2020.

ESTEFAM, André. *Direito Penal esquematizado – Parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOREIRA, Ana Luísa Nogueira. *O Princípio da Insignificância e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro: alguns apontamentos*. Disponível em:<ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-insignificancia-e-sua-aplicacao-no-direito-penal-brasileiro-alguns-apontamentos>. Acesso em: 30 ago. 2020.



NUCCI, Guilherme de Souza. *Analogia in bonam partem*. Disponível em:<<https://guilhermenucci.com.br/dicas/analogia-in-bonam-partem>>. Acesso em: 13 set. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

WIKIPÉDIA a Enciclopédia Livre. *Agente Público*. Disponível em:<https://pt.wikipedia.org/wiki/Agente_público>. Acesso em: 13 set. 2020.



PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: OBSERVÂNCIA DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO OU DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE?

Alexandre Quintanilha Granells

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo – o princípio da insignificância vem sendo aplicado em diversas situações jurídicas, ganhando novas vertentes conforme se analisa o caso concreto e até de forma abstrata, tendo imensa aplicabilidade teórica e prática. O Superior Tribunal de Justiça trabalha com alguns aspectos controvertidos sobre o princípio, tendo enunciados de súmulas nesse sentido. O Supremo Tribunal Federal criou alguns vetores que auxiliam na aplicação do princípio, mas não o exaure. A doutrina, incansavelmente, escreve sobre o tema, sempre trazendo novos pontos norteadores. Desse modo, futuramente novas análises e ampliações podem surgir em sua aplicação, inclusive, nesta obra, cita-se uma vertente não trazida pelo STF classicamente, que trata do criminoso contumaz.

Palavras-chave – Princípio da Insignificância. Bem jurídico protegido. Princípio da proporcionalidade. Intervenção mínima do Direito Penal. Tipicidade.

Sumário – Introdução. 1. Origem, conceito, aplicação e ampla visão do princípio da insignificância. 2. Análise concreta do princípio da insignificância no Brasil. 3. Previsão de baixa lesividade no próprio tipo penal e a aplicação do princípio da insignificância. Conclusão. Referências.

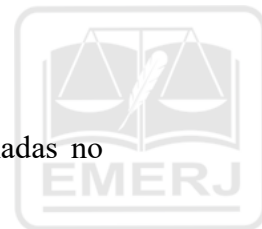
INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por escopo o debate sobre a aplicação do princípio da insignificância pelos tribunais do Brasil. O referido princípio pode ser considerado um desdobramento do princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade que também são muito estudados no direito penal brasileiro.

A finalidade em que se desenvolve a presente obra é demonstrar por meio de exemplos e casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça a forma de aplicação jurídica do princípio de diversas maneiras, o que gera contradição entre decisões judiciais e desvirtua a base da sua aplicação.

Frente aos diferentes processos judiciais no Poder Judiciário, com diversos temas e relevâncias, o princípio da insignificância tem sobressaído no direito penal, tendo aplicação diária e notória. Em vista disso, diversos julgados são trazidos como forma de ponto de partida para a análise do princípio e sua aplicação no direito penal.

Vale ressaltar a exposição jurisprudencial e doutrinária a respeito do tema, com objetivo de comparação entre o que vem sendo aplicado nos tribunais em contraste ao



posicionamento da doutrina. As ideias e comparações nesses casos são correlacionadas no decorrer dos capítulos para que se analise de forma pragmática.

Um ponto norteador que será trabalhado no princípio da insignificância é saber se ele deve observância ao bem jurídico protegido ou ao princípio da proporcionalidade no caso concreto. Seria correto aplicá-lo nos crimes contra a Administração Pública?! E caso o dano ao patrimônio público for o furto de uma caneta?! Essas incógnitas e outras particularidades são trabalhadas neste artigo.

No primeiro capítulo, observa-se a aplicação do princípio da insignificância na sua essência. O surgimento na Alemanha tendo como grande expoente Claus Roxin. Logo, importante é saber o modo que Roxin entendia cabível o princípio da insignificância para depois ser analisado a evolução no Brasil.

Em seguida, no segundo capítulo, há uma análise mais concreta do princípio da insignificância e se sua aplicação está atrelada ao princípio da proporcionalidade ou ao bem jurídico protegido. Inclusive é observado os vetores que auxiliam na aplicação do princípio nos termos propostos pelo Supremo Tribunal Federal que, embora auxiliem a temática, recebe críticas da doutrina.

Por fim, no terceiro e último capítulo, aborda-se mais um tema importante que tem surgido quando da aplicação do princípio da insignificância e que também pode gerar grande debate. Tem-se que saber se é cabível a aplicação ou não do princípio da insignificância quando o próprio tipo penal prevê matéria que seja de baixa expressividade lesiva, já estipulado no tipo um reduzido grau da ofensividade jurídica.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. ORIGEM, CONCEITO, APLICAÇÃO E AMPLA VISÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O primeiro capítulo deste artigo científico se inicia para que seja verificada a essência do instituto, qual seja, o surgimento, âmbito de aplicação e o principal expoente do princípio da insignificância.

Claus Roxin, em 1964, na Alemanha, é reconhecido como o responsável pela grande notoriedade ao referido princípio no direito penal, reintroduzindo o princípio da insignificância no direito penal europeu. Nesse sentido, Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis



Prazo¹. Outros chegam a noticiar que o princípio é originário do Direito Romano, por meio dos brocados *minima non curta praetor*, ou de *minimis non curat praetor*, ou, ainda, de *minimis praetor non curat*, muito embora já concordem que a formulação contemporânea seja atribuída a Roxin.

Ultrapassada essa fase do surgimento do princípio da insignificância, é importante salientar como surgiu e como se aplica o referido princípio na visão mais próxima proposta por Claus Roxin quando difundiu o estudo. Na Europa, a essência era uma, no Brasil, a sua abrangência está sendo ampliada. A forma de se enxergar o princípio e sua aplicação teórica é de suma importância para adentrar no ordenamento pátrio, tendo em vista que a comparação é essencial para análise completa.

O princípio da insignificância (ou princípio da bagatela)² se preocupa, na visão mais pura inicialmente proposta, com a lesão jurídica causada ao se analisar no contexto jurídico a conduta criminosa em relação ao bem ofendido. Assim sendo, se no mundo dos fatos ocorreu uma conduta tipificada como criminosa, em tese, será aplicado o ordenamento jurídico penal, sendo essa a regra como se tem conhecimento. No entanto, se a conduta criminosa causou um dano tão ínfimo, não merece ser penalizada.

Para dissecar, melhor compreender a análise da aplicação e ter uma visão mais pontual do local que se encontra o princípio da insignificância, é de suma importância trazer à baila a teoria analítica do crime, no conceito tripartite, em que o crime é composto pelo fato típico, ilícito e culpável. Cabe observar que a doutrina diverge³ quando se deve adotar no direito penal brasileiro a teoria tripartite ou bipartite, mas não é o foco de análise neste trabalho. Opta-se pela corrente majoritária no aspecto doutrinário e no aspecto jurisprudencial⁴, inclusive a adotada pelo direito penal brasileiro.

Dentre os componentes da teoria tripartite do crime, aquele que mais importa para discorrer sobre o assunto é a compreensão do fato típico. Contudo, para melhor absorção e

¹ SANTOS, Alexandre Cesar dos. *Princípio da insignificância no Direito Penal*: conceito, natureza jurídica, origem e relações com outros princípios. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50370/principio-da-insignificancia-no-direito-penal-conceito-natureza-juridica-origem-e-relacoes-com-outros-principios>> Acesso em: 29 set. 2020.

² TEIXEIRA, Mariana. *O princípio da insignificância*: seu conceito e aplicação no século XXI. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1567141/o-principio-da-insignificancia-seu-conceito-e-aplicacao-no-seculo-xxi-mariana-teixeira>>. Acesso em: 13 out. 2020.

³ CHAVES, Lima de Talita. *Bipartida ou tripartida?* Breves considerações sobre a teoria adotada pelo Código Penal. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28195/bipartida-ou-tripartida-breves-consideracoes-sobre-a-teoria-adotada-pelo-codigo-penal>> Acesso em: 23 out. 2020.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. V.1. 3.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 425.

observação do tema também é de necessária importância ter uma breve análise da antijuridicidade e da culpabilidade.

A culpabilidade é composta pelos seguintes elementos:

- I - imputabilidade penal (elemento intelectual e elemento volitivo): é a possibilidade de responsabilização do sujeito pelos seus atos;
- II - potencial consciência da ilicitude do fato: é possibilidade de compreensão da reprovabilidade da conduta) e
- III - exigibilidade de conduta diversa: é o agir conforme o ordenamento jurídico.

A antijuridicidade é preenchida pelas causas de exclusão da ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal (CP)⁵, tais como: I - estado de necessidade (arts.23, I e 24, ambos do CP); II - legítima defesa (arts.23, II e 25, ambos do CP); III - exercício regular de um direito e estrito cumprimento do dever legal (arts.23, III, do CP).

Vale lembrar que se tem outras causas de exclusão de ilicitude espalhadas pelo Código Penal, como, por exemplo, nos artigos 128, 142, 146, §3º, I e II. Além disso, é de se observar que há causas supralegais de exclusão da ilicitude, como o consentimento do ofendido, no exemplo clássico caso do tatuador que não responderá pelo crime de lesão corporal previsto no art. 129 do Código Penal.

Por fim, e de maior relevância para o presente trabalho, tendo em vista que se adentrará no tema da aplicação do princípio da insignificância, o fato típico. Este se corporifica pela conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade.

O conceito de conduta varia conforme a teoria adotada, que podem ser: I - teoria causalista; II - teoria neokantista; III - teoria finalista; IV - teoria social da ação e V - teorias funcionalistas.

O resultado ocorre pelo atingimento e lesão do bem jurídico protegido pela norma penal, por meio de uma conduta comissiva ou omissiva em que pode surgir um resultado naturalístico e resultado normativo (este presente em todos os crimes).

Já o nexos de causalidade surge pela ligação, elo, liame da conduta se materializando no resultado. Nos termos do art.13, caput, do CP⁶: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Verifica-se a adoção pela teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*).

⁵ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁶ Ibid.



E a tipicidade, enfim, é a adequação formal no tipo e material na lesão ao bem jurídico; é a subsunção do fato à norma. Cabe observar que se faz necessário, para configurar a tipicidade, estar presente a lesão ou perigo de lesão de forma relevante ao bem jurídico. Desse modo, já se começa a surgir o princípio da insignificância.

Diante da análise da tipicidade, chega-se aonde se deve analisar o princípio da insignificância. Quando se fala em tipicidade no direito penal brasileiro, tem-se duas bifurcações: I - A tipicidade formal e II - A tipicidade material.

Na tipicidade formal, analisa-se se a conduta realizada está prevista no tipo penal como crime. Por exemplo, se “A”, mediante, verifica que “B” está desatento por estar conversando no telefone e o empurra fortemente, de modo que o celular caia no chão, o pegue e saia correndo, “A” terá cometido crime, pois se tem a tipicidade formal prevista no art.157 do CP⁷, qual seja, o crime de roubo, já que houve violência e subtração de coisa alheia móvel.

Logo a seguir, de modo mais focado, e bem na alma do que fora inicialmente proposto ao princípio da insignificância, verificar-se-á a tipicidade material no fato típico, o dano efetivamente causado pela conduta. É, portanto, nesse ponto de debate que se analisa a possibilidade de ser aplicado ou não o princípio da insignificância.

A título de ilustração, um outro exemplo será abordado para melhor compreensão, já que no roubo há a presença da violência ou grave ameaça, o que retira, desde já, a aplicação do referido princípio. Segue-se, assim, para a parte clássica do exemplo do crime de furto, previsto no art.155 do Código Penal, que de modo didático facilita bastante a compreensão do princípio da insignificância.

Se, por exemplo, “A”, já na intenção de subtrair coisa alheia móvel, adentra ao mercado “Só frutas”, pega seis maçãs e uma caixa de leite, de modo que seja imperceptível pelos funcionários e pelo próprio sistema de segurança do estabelecimento, terá cometido o crime de furto, teoricamente. No entanto, quando estava quase saindo do estabelecimento é abordado por funcionário que percebe a atividade furtiva e lhe dá voz de prisão; “A”, estático, não reage, a polícia chega e o conduz à delegacia. Nesse caso, não será aplicado o fato criminoso ao agente.

Vê-se, portanto, que a conduta praticada por “A” se amolda perfeitamente ao crime de furto, tipificado no art.155 do CP, pois está presente o bem móvel alheio (seis maçãs e uma caixa de leite) e a ausência da violência e grave ameaça, tendo inclusive não reagido a voz de prisão ainda no mercado.

⁷ Ibid.



O princípio da insignificância tem que vir a tutelar e abraçar essa conduta que, embora seja considerada reprovável e inadmissível, não pode estar ao alcance do direito penal, isso porque apenas seis maçãs e uma caixa de leite, como se pode imaginar, não causam qualquer lesão ao patrimônio daquele mercado que, por exemplo, por dia, desperdiça caixas de alimentos apodrecidos.

Verifica-se, que a tipicidade material não está presente no caso concreto acima exposto. Logo, poderá ser aplicado o princípio da insignificância. Retirando a tipicidade material, ainda que estando presente a tipicidade formal, não se tem a tipicidade, pois a lesão foi ínfima e não se tem o fato típico e, por consequência, não está presente o crime.

Nesse sentido, portanto, que se tem, de modo inicial, a aplicação do princípio da insignificância. Adiante, será trazido mais questões controvertidas, porém a sua essência fica nessa perspectiva.

2. ANÁLISE CONCRETA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO BRASIL

Neste segundo capítulo, observar-se-á como se aplica o princípio da insignificância nos casos concretos diários que surgem nos tribunais. Será concedida uma especial visão da aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal que são os tribunais de superposição⁸.

Por se tratar de análise à luz da aplicação do princípio pelos tribunais superiores, este capítulo é de importante consideração. Inicialmente e com uma análise primordial, tem-se que observar se a aplicação do instituto segue uma vertente do princípio da proporcionalidade ou do bem jurídico que está em jogo.

Como visto no primeiro capítulo, o surgimento do referido princípio está atrelado à proporcionalidade. Caso a lesão causada diretamente ao bem jurídico tutelado pela norma penal, ainda que amoldado à tipicidade formal, for considerado ínfimo, pode-se invocar o princípio e afastar a responsabilização criminal.

No entanto, tem-se casos que, embora inexpressiva a lesão, ainda assim há condenação criminal daquele que praticou aquele ato ínfimo. Inclusive, é importante observar que essa perspectiva de ideia encontra-se sumulada.

⁸ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Balbino de. *Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53673/supremo-tribunal-federal-e-superior-tribunal-de-justia>>. Acesso em: 23 out. 2020.



Nesse sentido, segue o verbete sumular número 599⁹ do Superior Tribunal de Justiça ao afirmar que “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”. Nota-se que o Superior Tribunal de Justiça está analisando o bem jurídico a ser protegido e não o grau de lesão causado pela prática do delito ou a forma, método, meio em que delito foi praticado. Em outras palavras, cometido o crime contra a administração pública, certamente o agente responderá criminalmente.

Na mesma essência, pode-se citar o crime de moeda falsa, previsto no art. 289 do Código Penal. A jurisprudência tem o viés de não aplicar o princípio da insignificância no caso de cometimento desse delito frente ao ordenamento jurídico, independentemente da quantidade de moeda falsificada, pois a proteção é da política econômica do Estado e a sua fé pública. O Ministro Luiz Roberto Barroso decidiu nesses termos no RHC 107.959¹⁰, inclusive citando ser pacífica essa análise pelo Supremo Tribunal Federal.

A análise, como pode ser percebida, ocorre em abstrato, em um plano totalmente alheio ao caso concreto em exame, o que foge (ou, a depender do ponto de vista evolui) da essência do princípio da insignificância.

Vale observar, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça de forma excepcional já entendeu cabível aplicar o princípio da insignificância mesmo em delito contra a Administração pública, no RHC 85272 do Relator Ministro Nefi Cordeiro¹¹. No entanto, a análise é casuística, tendo em vista a presença da súmula supracitada que traz uma regra em abstrato.

Pode-se verificar que em outra passagem, no verbete sumular 606¹², o Superior Tribunal de Justiça também entendeu da mesma forma, ao declarar que “não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiotransferência, que caracteriza fato típico previsto no art.183 da Lei nº 9.472/1997”.

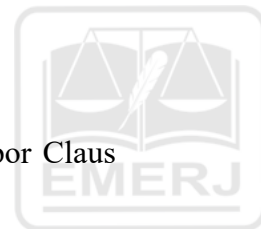
De antemão e sem analisar qualquer critério valorativo, já se sabe que não se aplicará o princípio da insignificância a qualquer lesão à administração pública (súmula nº 599 do STJ) ou ao crime de transmissão de sinal de internet via radiotransferência, ainda que ínfima (súmula nº 606 do STJ). Vale esclarecer, que não se está defendendo que esses bens não mereçam maior proteção, mas sim que não é caso de aplicação do princípio da insignificância. Este princípio

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 599*. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 107.959*. Relator Min. Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=267184994&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2020.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 85272*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1738476&num_registro=201701316304&data=20180823&formato=PDF>. Acesso em: 23 out. 2020.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 606*. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.



está relacionado à expressividade da lesão, nos termos daquilo que fora proposto por Claus Roxin¹³, em 1964, ainda na análise contemporânea do princípio.

Seria mais interessante defender esses bens jurídicos na vertente da proteção maior do ordenamento jurídico, qual seja, a lei penal. Caberia ao Congresso nacional legislar e prever, caso assim achar mais compreensível, que essas lesões - as tratadas nas súmulas - seriam aplicadas ainda quando ínfimas a lesão. Ainda mais em virtude da triste realidade que se vive no Brasil, quando, por exemplo, trata-se de crimes contra a Administração Pública, crimes contra os serviços de telecomunicações, bens esses que devem ter especial proteção.

Atualmente, enfrenta-se casos diários de desrespeito a esses bens jurídicos, logo se faz necessário uma repressão contundente, no entanto, não seria o princípio da insignificância o mais adequado a se invocar no caso concreto.

Cabe lembrar de modo bastante oportuno e como forma de demonstrar a correta evolução do tema que já houve maiores discussões se seria possível aplicar ou não o princípio da insignificância aos crimes ambientais. Hoje, está pacificado que se pode aplicar¹⁴, pois se deve analisar o caso concreto. Veja que essa evolução é perfeita, uma vez que se observa o dano em si e não de modo abstrato o bem jurídico protegido. Nessa linha de entendimento exposto acima, em 2015, já decidiu Ministro Reynaldo Soares da Fonseca do Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no AREsp nº 654.321/SC¹⁵ e no âmbito do Supremo Tribunal Federal a Ministra Cármen Lúcia, no ano de 2016, no Inq. 3788/DF¹⁶, proferiu voto no mesmo sentido.

Tendo em vista que o princípio da insignificância tem tido ampla aplicação pelos tribunais, o Supremo Tribunal Federal (STF) desenvolveu alguns vetores para nortear e dissecar a aplicação do princípio da insignificância. Não obstante, cabe observar que alguns penalistas discordam dos vetores por ser revestido de elevada subjetividade o que dificulta a aplicação no caso concreto¹⁷.

São os seguintes vetores analisados pelo STF quando se depara com casos sobre o

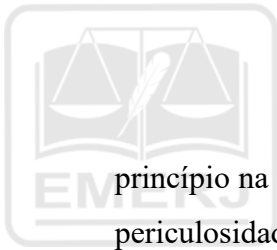
¹³ GOMES FILHO, Dermevel Farias. A dimensão do princípio da insignificância. Disponível em: <<https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/artigos-menu/1654-a-dimensao-do-principio-da-insignificancia>>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹⁴ BORGES, Hiago. *Limites da aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77944/limites-da-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-nos-crimes-ambientais>>. Acesso em: 28 out. 2020.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 654.321/SC*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1415442&num_registro=201500277307&data=20150617&formato=PDF>. Acesso em: 06 set. 2020.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 3788/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309712078&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2020.

¹⁷ ZORZETTO, Pedro Furian. *O princípio da insignificância e o STF*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28482/o-principio-da-insignificancia-e-o-stf>>. Acesso em: 23 out. 2020.



princípio na suprema corte: I - a mínima ofensividade da conduta do agente; II - a ausência de periculosidade social da ação; III - o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e IV - a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Nesse sentido, e não poderia ser de outra forma, já se pronunciou, nos termos do que está sendo explicado nesse capítulo, o Decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Melo, no HC nº 84.412¹⁸ de 2004, no caso de um furto de um jogo de vídeo game no valor de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais).

Ressalte-se que os vetores estão devidamente alinhados, pois a violência ou a grave ameaça afasta a aplicação do princípio, de modo que a periculosidade amedronta e faz refém a sociedade como um todo. Além disso, o comportamento criminoso é considerado essencial a ser verificado e a inexpressividade da lesão jurídica é de suma importância na aplicação do princípio da insignificância.

Conforme se nota das vertentes acima expostas que são fortemente sustentadas pelo STF, faz-se necessário estar presente a inexpressividade da lesão jurídica causada. Não está sendo analisado de antemão e de forma abstrata, apenas no aspecto do bem jurídico ferido (como algumas vezes ocorre pela análise do Superior Tribunal de Justiça), mas como e em qual grau se feriu esse bem jurídico. Significativo expor que o STF já dispensou a aplicação do princípio da insignificância quando o criminoso reitera na prática delitiva¹⁹.

Assim, se o meliante está fazendo do crime seu meio de vida, ainda que a lesão seja ínfima não se aplicará o princípio da insignificância. Nessa seara, como é de observar concretamente, poder-se-ia acrescentar mais um vetor, qual seja, que não seja um agente criminoso contumaz.

Retornando à análise das súmulas do STJ e fazendo a devida observação ao passar pelo tema e agora tendo uma maior compreensão, deve-se analisar outros aspectos penais para conferir maior proteção aqueles bens jurídicos e não apenas alegar o princípio da insignificância.

Este princípio merece sua análise de acordo com o caso concreto, com a devida aplicação dos vetores criados pelo STF, somado a análise do criminoso contumaz e compreendendo a dinâmica dos fatos. Não se revelando adequado sustentá-lo tão somente de modo abstrato.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84412*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002>>. Acesso em: 05 set. 2020.

¹⁹ MIGALHAS. *Reiteração na prática criminosa afasta o princípio da insignificância*. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/197225/reiteracao-na-pratica-criminosa-afasta-principio-da-insignificancia>>. Acesso em: 23 out. 2020.

3. PREVISÃO DE BAIXA LESIVIDADE NO PRÓPRIO TIPO PENAL E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Superadas as análises da incidência do princípio da insignificância na teoria tripartite do crime e sobre a proteção estar voltada ao bem jurídico ou à lesão causada, inicia-se este terceiro capítulo. Chega-se, neste último capítulo, à análise e interessante aplicação do princípio da insignificância quando o próprio tipo penal já prevê legalmente que a lesão jurídica causada é baixa.

Inicialmente, é de extrema consideração trazer de modo pontual e didático o princípio da intervenção mínima, como forma de melhor compreensão do tema a ser tratado neste terceiro capítulo. O direito penal, em observância ao princípio da intervenção mínima, não deve se preocupar com ato ilícitos ínfimos ou que pouco possam causar descontentamento ou interesse social.

A aplicação do princípio da intervenção mínima está pressuposta apenas quando outros meios não se mostrarem suficientes²⁰. A doutrina se apresenta de modo pacífico nesse ponto. Para melhor compreensão e de modo bastante esclarecedor acerca da temática, são os dizeres de Cleber Masson²¹:

No campo penal, o princípio da reserva legal não basta para salvaguardar o indivíduo. O Estado, respeitada a prévia legalidade dos delitos e das penas, pode criar tipos penais iníquos e instituir penas vexatórias à dignidade da pessoa humana. Para enfrentar esse problema, estatuiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art.8º, que a lei somente deve prever as penas estrita e evidentemente necessárias. Surgia o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, afirmando ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico.

Desse modo, pode-se observar que o direito penal, em sua essência, não se ocupa de ilicitudes mínimas. No entanto, alguns tipos penais preveem em seu preceito primário condutas que teoricamente poderiam ser resolvidas por outros ramos do direito. Nesses casos, por escolha do legislador, o princípio da intervenção mínima não será aplicado. De outro lado, poder-se-ia argumentar do princípio da insignificância.

²⁰ AGUIAR, Leonardo. *Princípio da intervenção mínima*. Disponível em: <<https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333120482/principio-da-intervencao-minima>>. Acesso em: 28 out. 2020.

²¹ MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 13.ed. Rio de Janeiro: Método, 2019, p. 131.



Para uma melhor análise e maior enfoque da matéria, é interessante trazer um exemplo muito vivenciado na prática e nos tribunais. Trata-se da tão observada previsão expressa no art. 28 da Lei nº 11.343/06 (lei antidrogas)²²:

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O artigo 28 da referida lei, em seu preceito primário, veio a criminalizar a posse de entorpecente para consumo próprio. Observa-se que, de fato, na análise do tipo penal não há lesividade na conduta realizada, afinal, a atitude do agente que comete o referido crime nunca sairá da sua própria esfera de proteção, quer dizer, o único que estará prejudicado é o próprio agente do crime.

Então, teoricamente, ter-se-ia um campo fértil para aplicação do princípio da insignificância. Observa-se, que se poderia aplicar, conforme os vetores expostos pelo Supremo Tribunal Federal:

I - a mínima ofensividade da conduta do agente,
II - a ausência de periculosidade social da ação,
III - reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e
IV - inexpressividade da lesão jurídica causada.

Entretanto, não é essa a leitura que deve ser dada. O legislador ao estabelecer a referida norma, muito além de analisar a lesividade, o que poderia sim trazer a aplicação do princípio da insignificância, está protegendo o bem jurídico, qual seja, o ser humano. Em última análise, é a lei regulando o modo de ser de uma pessoa, mas não sob a análise particular, mas sim social, afinal, sabemos de todos os problemas que surgem de modo parasitário ao consumo de drogas, envolvimento de família, decadência pessoal e gastos com saúde pública.

Essa análise já fora enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no caso de dois réus terem sido presos em flagrante por portar 44g (quarenta e quatro gramas) de maconha e 3 (três) trouxinhas de pasta base de cocaína, pesando 1g (um grama). O AgRg no Habeas Corpus nº 442.072 – MS (2018/0065930-5)²³, assim foi decidido pelo Ministro Relator Antônio Saldanha

²²BRASIL. Lei nº 11.343/06. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.html>. Acesso em: 14 set. 2020.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Habeas Corpus nº 442.072 – MS (2018/0065930-5). Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/>>



Palheiro:

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida, por ser característica própria do crime descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não afasta a tipicidade material da conduta. Além disso, trata-se de delito de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma – saúde pública. Precedentes.

Logo, pode-se verificar que o Superior Tribunal de Justiça é firme ao entender que, quando o próprio tipo penal tem característica de baixa lesividade, o princípio da insignificância merece ser afastado. É o próprio tipo penal que traz essa previsão, por conseguinte, a vontade do legislador deve ser respeitada. Está-se, dessa forma, diante de opção legislativa que transborda do mero aspecto particular, da mera visão pontual, enxergando aquele crime como aplicação e modo a combater um mal social. Segue a mesma linha de entendimento o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT)²⁴.

O tema se apresenta de forma tão pacífica para a jurisprudência que, muito embora não tenha havido Repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, os julgamentos pelos tribunais são sempre no mesmo sentido. Sobre a falta de repercussão geral, decidiu o Ministro Cezar Pelluso, na AI 747522²⁵.

Em vista disso, deve-se afastar o princípio da insignificância no crime que tenha preceito primário que apresente, teoricamente, lesividade ínfima, pois dessa forma foi regulado pelo legislador para proteção social e de saúde pública.

CONCLUSÃO

O tema apontado no presente artigo é de suma importância na prática forense brasileira, além de gerar diversos debates acadêmicos. O princípio da insignificância é merecedor de atenção e estudo pelos operadores do direito (estudantes, professores, advogados, juízes, promotores, defensores), na medida em que é um princípio com bastante aplicação prática.

documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1727698&num_registro=201800659305&data=20180808&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2020.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Crime de porte de drogas para consumo próprio – princípio da insignificância*. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-reiterada-1/direito-penal/principio-da-insignificancia-crime-de-porte-de-drogas-para-consumo-proprio-1>>. Acesso em: 28 out. 2020.

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 747.522*. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=AI%20747522&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP>. Acesso em: 28 out. 2020.



É de se observar que não é apenas teórica ou indireta como diversos outros princípios e institutos que circundam o mundo jurídico penal que tem tantas teorias e princípios sem aplicação prática. Ao analisar o princípio da insignificância, desde o seu surgimento, pode-se aferir que ganhou diversos contornos ao longo da sua aplicação no cenário jurídico brasileiro, alongando o que fora proposto por Roxin ao difundir-lo em 1964.

Essa forma de aplicá-lo, não o desnaturou, mas sim concedeu ao referido princípio uma carga maior de valoração. A evolução do tema (princípio da insignificância) é notória e assim continuará, conforme abordado neste artigo. Esse alongamento do princípio passou a ter aplicabilidade em duas frentes, quais sejam: I - a análise estar voltada ao princípio da proporcionalidade ou II - ao bem jurídico que está se protegendo no caso concreto.

Foi possível analisar, por fim, que a visão inicial de Roxin em que se tem a aplicação voltada apenas para a proporcionalidade da lesão não é a única a ser adotada no Brasil. O instituto evoluiu e continua evoluindo. Os tribunais superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça (STJ), passaram a adotar essa análise brasileira do princípio da insignificância. O STJ editou enunciados de súmulas com a nova vertente de aplicação do referido princípio da insignificância ao analisar sob a perspectiva do bem jurídico protegido e isso é o que destoa do nascimento do referido princípio.

De modo a fechar o sistema, o Supremo Tribunal Federal, diante de tantos casos apreciados, criou alguns vetores que auxiliam na análise e o modo como o princípio da insignificância deve ser aplicado no caso concreto. Cabendo observar no presente trabalho que seria possível acrescentar ao menos mais um vetor, qual seja, da impossibilidade de aplicar o princípio da insignificância ao criminoso contumaz. Com tais medidas, passa-se a ter uma análise mais centrada e, em princípio, impede a possível abertura demasiada do princípio em hipóteses antes não vistas.

No terceiro e último capítulo, foi possível verificar que o princípio da insignificância não tem sido aplicado quando se está diante de uma análise do direito em que o preceito primário da norma penal preveja baixa lesividade de antemão. Assim deve ser entendido, pois, se fosse aceitável aplicá-lo, seria uma terceira vertente de aplicação no direito brasileiro, diferenciando mais uma vez do proposto por Roxin.

Evidencia-se, portanto, que o princípio da insignificância tem aplicabilidade recorrente, ganha desenvolvimento no direito brasileiro e é de extrema valia. Diversos casos judiciais são concluídos com base nesse princípio, o que, de fato, humaniza e particulariza a aplicação do direito penal.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo. *Princípio da intervenção mínima*. Disponível em: <<https://leonardooaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333120482/principio-da-intervencao-minima>>. Acesso em: 28 out. 2020.

BORGES, Hiago. *Limites da aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77944/limites-da-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-nos-crimes-ambientais>>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-/2006/2006/lei/111343.html>. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 654.321/SC*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1415442&num_registro=201500277307&data=20150617&formato=PDF>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Habeas Corpus nº 442.072 – MS (2018/0065930-5)*. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1727698&num_registro=201800659305&data=20180808&formato=PDF> Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 85272*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1738476&num_registro=201701316304&data=20180823&formato=PDF>. Acesso em: 23 out. 2020.

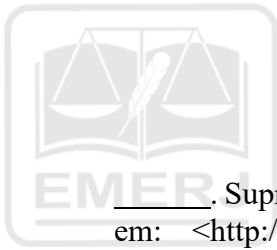
_____. Supremo Tribunal Federal. *AI 747.522*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=AI%20747522&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC 107.959*. Relator Min. Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=267184994&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 599*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 606*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inq 3.788/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309712078&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2020.



_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84.412*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002>>. Acesso em: 05 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Crime de porte de drogas para consumo próprio – princípio da insignificância*. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-reiterada-1/direito-penal/principio-da-insignificancia-crime-de-porte-de-drogas-para-consumo-proprio-1> >. Acesso em: 28 out. 2020.

CHAVES, Lima de Talita. *Bipartida ou tripartida? Breves considerações sobre a teoria adotada pelo Código Penal*. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/28195/bipartida-ou-tripartida-breves-consideracoes-sobre-a-teoria-adotada-pelo-codigo-penal>> Acesso em: 23 out. 2020.

GOMES FILHO, Dermevel Farias. *A dimensão do princípio da insignificância*. Disponível em: < <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/artigos-menu/1654-a-dimensao-do-principio-da-insignificancia>>. Acesso em: 13 out. 2020.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2019.

MIGALHAS. *Reiteração na prática criminosa afasta o princípio da insignificância*. Disponível em:< <https://migalhas.uol.com.br/quentes/197225/reiteracao-na-pratica-criminosa-afasta-principio-da-insignificancia>>. Acesso em: 23 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. V.1. 3.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTOS, Alexandre Cesar dos. *Princípio da insignificância no Direito Penal: conceito, natureza jurídica, origem e relações com outros princípios*. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/50370/principio-da-insignificancia-no-direito-penal-conceito-natureza-juridica-origem-e-relacoes-com-outros-principios>>. Acesso em: 29 set. 2020.

ZORZETTO, Pedro Furian. *O princípio da insignificância e o STF*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/28482/o-principio-da-insignificancia-e-o-stf>>. Acesso em: 23 out. 2020.



Aline Silva Mantovani

**A SÚMULA Nº 335 DO STJ E A CONVALIDAÇÃO DA CLÁUSULA DE RENÚNCIA
DAS BENEFETORIAS E AO DIREITO DE RETENÇÃO NOS CONTRATOS DE
LOCAÇÃO**

**Artigo Científico apresentado como exigência
para a conclusão de Curso de Pós-Graduação lato
sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro.**

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

**Rio de Janeiro
2020**



A SÚMULA Nº 335 DO STJ E A CONVALIDAÇÃO DA CLÁUSULA DE RENÚNCIA DAS BENFEITORIAS E AO DIREITO DE RETENÇÃO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO

Aline Silva Mantovani

**Graduada em Direito pelo Instituto Vianna Júnior.
Advogada.**

Resumo – O presente artigo visa ao estudo do dispositivo 35 da Lei de Locação, bem como a súmula 335 do Superior Tribunal de Justiça, analisando a sua legalidade à luz dos princípios constitucionais e civilistas. Assim, pretende-se mostrar, a princípio, que há uma abusividade em relação à cláusula de renúncia das benfeitorias nos contratos de locação em forma de adesão, devendo utilizar-se como base o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. Desse modo, haverá uma análise a respeito dos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a utilização da tese do diálogo das fontes. Nesse contexto, o objetivo geral desse estudo é debater se esta cláusula de renúncia das benfeitorias no contrato de locação é realmente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave – Direito Civil. Benfeitorias. Contrato de Locação. Enriquecimento Ilícito. Contrato de Adesão. Renúncia das Benfeitorias.

Sumário – Introdução. 1. A repercussão da constitucionalização do Direito Civil a luz da promulgação da constituição de 1988 e os princípios contratuais. 2. O regime de benfeitorias na lei de locação e sua especialidade normativa frente ao Código Civil 2002. 3. Artigo 35 da lei de locação através da tese dos diálogos das fontes e a complementaridade normativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como escopo a análise do contexto social e legalista do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, apresentando a súmula nº 335 do STJ que convalida a cláusula de renúncia das indenizações das benfeitorias e ao direito de retenção à luz dos princípios contratuais, da função social da propriedade e do vedamento ao enriquecimento ilícito.

Procura-se demonstrar que com a instituição da Lei 8.245, Lei de Locação de Imóveis Urbanos, especificamente no artigo 35, houve, sem sombra de dúvidas, um desnivelamento injustificado do ponto de vista jurídico e social, pois criou-se uma regra diferenciada em relação ao regime de benfeitorias estabelecida no Código Civil.

Desse modo, a presente pesquisa tem por objetivo abordar os precedentes que deram origem à Lei de Locação e seu regime de benfeitorias, bem como a súmula 335 do STJ, à luz do Código Civil de 2002 e de seus princípios basilares.

A questão toda é que se tem presenciado uma posição mais paternalista do Superior Tribunal de Justiça em relação aos contratos de locação, ampliando demasiadamente as garantias jurídicas em favor do locador, por meio da justificativa de que, com isso, atenda aos interesses econômicos e sociais da sociedade.

O tema é extremamente controverso, e muitos doutrinadores renomados criticam veementemente a atual posição do Superior Tribunal de Justiça, por não estar em consonância com o ordenamento jurídico vigente.

Para a melhor compreensão do tema, busca-se apresentar a chamada constitucionalização do Direito Civil, que é a permanente releitura deste à luz da Carta Magna, elevando o caráter existencial em prol do patrimonial, quando há conflitos entre os dois, bem como as chamadas cláusulas gerais que são a porta de entrada dos valores constitucionais nas relações privadas, como, por exemplo, a função social dos contratos e a função social da propriedade, que tem objetivo dar uma finalidade coletiva a estes institutos.

Pretende-se demonstrar que o artigo 1.219 do CC deveria ser aplicado à Lei de Locação de Imóveis Urbanos, pela tese do diálogo das fontes, para se evitar um possível enriquecimento ilícito, devendo-se optar pela complementariedade normativa, ao invés da especialidade normativa, que acaba excluindo uma norma em detrimento da outra, causando uma situação de desconforto jurídico.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão da Constitucionalização do Direito Civil à luz da promulgação da Constituição de 1988, bem como os institutos e princípios vinculados a esse ramo do Direito.

Segue-se, analisando, no segundo capítulo, os motivos desse desnivelamento jurídico, abordando o regime de benfeitorias na Lei de Locação de Imóveis, e comparando este regime com os das benfeitorias do Código Civil.

O terceiro capítulo aborda o instituto da tese do diálogo das fontes e a sua aplicação na Lei de Locação de Imóveis Urbanos, dando ênfase a uma complementariedade normativa



para que haja uma harmonia no ordenamento jurídico.

A presente pesquisa será realizada por meio de método indutivo, em que se fará pesquisa bibliográfica e documental.

Preende-se nessa pesquisa explorar e investigar bibliografias correlatas ao tema, bem como analisar precedentes que deram origem à decisão do STJ. A bibliografia referente à temática em questão terá como fonte a pesquisa em livros, revistas científicas, revistas informativas, doutrina, sítios da internet etc.

1. A REPERCUSSÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL À LUZ DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

O Direito Civil é considerado uma das maiores esferas jurídicas no ordenamento pátrio por regular relações sociais de natureza privada, assim como o nascimento, a morte, família e o patrimônio, gerenciando, dessa forma, o âmbito de existência de cada pessoa que está inserida na sociedade, sendo também um dos ramos jurídicos mais antigos presente nas sociedades atuais e, por conta disso, com as evoluções das interações humanas e do desenvolvimento das sociedades, a percepção de coletividade e bem estar social acabou se tornando algo extremamente relevante, fazendo com que o Direito Civil sofresse grandes modificações.

O Código Civil de 1916 foi influenciado pelo Código Napoleônico¹ e pelas codificações presentes no século XIX, em que o Direito Constitucional se limitava a disciplinar questões meramente administrativas e políticas do Estado, deixando a cargo do Direito Civil gerenciar as relações privadas.

Dessa forma, concebem-se os valores individualistas preconizados pela Revolução Francesa, bem como fraternidade, liberdade e igualdade, marcando o auge do liberalismo econômico, em que se impõe ao Estado o afastamento total nas relações privadas e o livre desenvolvimento do mercado e da economia.²

De acordo com Flávio Tartuce³, a relação entre indivíduo e propriedade era o centro do direito privado, não sofrendo ingerência do Poder Público, dando extremo valor ao livre desenvolvimento da atividade econômica, ou seja, as interações humanas e o bem-estar do

¹DE SOUZA, Syrio Capanema. O Código Napoleão e sua Influência no Direito brasileiro. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro v. 7, n.º 26 p.40-49 jan. 2004 Disponível em: <https://www.emerj.tj.rj.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

²Ibid.

³TARTUCE, Flávio. *Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 9. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 86.

convívio social não tinham uma grande relevância em uma sociedade extremamente patrimonialista.

Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988, muda-se a fonte primária de todo ordenamento jurídico brasileiro, dando assim uma nova feição à ciência civilista, em que o convívio social se torna relevante.

Houve uma mudança de perspectiva em se tratando do Direito Privado, em que os princípios constitucionais começam a interferir de forma significativa neste tipo de relação – a chamada Horizontalização dos Direitos Fundamentais⁴, verificando-se uma mitigação entre Direito Público e Privado, nascendo assim um novo Direito Civil, o chamado Direito Civil Constitucional que veio ressignificar toda a sistemática patrimonialista prevista no Código Civil de 1916.

Dessa forma, o Código Civil de 2002 veio com uma nova perspectiva de afastar a individualidade e o patrimonialismo da codificação anterior para poder se adequar ao constitucionalismo, concretizando os valores impostos pela Constituição Federal, em que a pessoa humana, ou seja, a visão antropocêntrica, prevalecerá sobre os direitos patrimoniais. Com isso, houve uma importante mudança de interpretação em se tratando dos contratos patrimoniais, em que o Estado poderá intervir na liberdade contratual plena para promover um ambiente social saudável e justo.

O contrato é um instrumento de vontades em que os contratantes formalizam seus interesses, sendo um ato jurídico que deve respeitar os princípios constitucionais e civilistas, sobretudo aqueles que asseguram a dignidade da pessoa humana, o que antes não era observado.

Os princípios que regem os contratos têm como finalidade assegurar o equilíbrio da relação jurídica entre os contratantes no tocante à racionalidade econômica e à justiça social, desempenhando, dessa forma, o papel de assegurar princípios fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, não existindo hierarquia entre eles, sendo aplicados de acordo com a ponderação em cada caso concreto.

O princípio da função social dos contratos⁵ foi consagrado expressamente pelo Código Civil de 2002 em seu art. 421⁶ e tem como objetivo primordial regular a relação dos contratantes com a sociedade, sendo matéria de ordem pública, em que “contratar” deve estar intimamente

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 201819*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?cl=RE_SCLA.%20E%20201819_NUME.&base=baseAcordoes>. Acesso em: 15 jul. 2020.

⁵ALVES, Jones Figueirêdo. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 490.

⁶BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 03 ago. 2020.



ligado aos preceitos de boa-fé, moralidade e probidade, destacando o fim econômico-social do negócio jurídico.

Destarte, o contrato deve ser interpretado de acordo com o meio social em que o contratado e o contratante estão inseridos, não podendo se tornar algo extremamente oneroso para nenhuma das partes, devendo prezar pelo equilíbrio contratual, afastando o enriquecimento sem causa.

De acordo com Flávio Tartuce⁷, esse princípio vem com a constitucionalização do Direito Civil, em que a real função dos contratos não é somente a segurança jurídica, mas sim atender aos interesses da pessoa humana, afastando assim o lado patrimonial e elevando o lado existencialista.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro alerta que a função social dos contratos é condição de validade dos atos e negócios jurídicos em geral, cujo cumprimento pode se averiguar *ex-officio* pelo juiz.

De acordo com o que foi exposto acima, deve-se destacar que quando há a cláusula de renúncia das benfeitorias no contrato de locação, há o nascimento de um desequilíbrio contratual, uma vez que irá favorecer demasiadamente uma das partes contratadas, violando a função social do contrato.

O princípio da autonomia da vontade diz que as partes são livres para celebrar um contrato, no primeiro momento, sem a interferência do Estado, garantindo três tipos de liberdade para os contratantes, sendo elas: a) liberdade contratual, ou seja, as partes podem contratar com quem elas quiserem; b) liberdade de contratar, em que os contratantes têm a possibilidade de querer contratar ou não, de acordo com seu livre arbítrio e, por fim, c) liberdade de formular as cláusulas do contrato, isto, as partes podem discutir o conteúdo presente nele para que haja a celebração do contrato.

Porém, esta autonomia da vontade vem sendo mitigada pelo princípio da função social dos contratos, em que a “vontade” perde espaço diante do dirigismo contratual. Nesse sentido, ensina Flávio Tartuce⁸ que o princípio da autonomia privada é um regime básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública, estando presentes, além da vontade das partes, os fatores psicológicos, políticos, econômicos e sociais.

O princípio da força obrigatória dos contratos teve sua origem no direito romano, decorrendo do princípio da autonomia da vontade, e assevera que o que foi contratado entre as

⁷TARTUCE, op. cit., p. 82.

⁸Ibid.



partes tem força de lei, obrigando os contratantes ao cumprimento integral do conteúdo do negócio jurídico⁹.

Todavia, o princípio da força obrigatória vem sendo mitigado na atual codificação civilista. Outrossa, o que era pactuado entre as partes, pelo princípio em voga, não poderia, sem qualquer razão plausível, ser modificado, revisto ou extinto, por prejudicar a segurança jurídica do instituto.

Hoje, com a mudança da sociedade, e com a constitucionalização do Direito Civil, esse princípio foi relativizado pela boa-fé objetiva e função social do contrato para acolher melhor os anseios sociais, atendendo aos interesses coletivos.

Assim, mesmo sendo um pacto, um acordo de vontades entre as partes de ter a renúncia das indenizações das benfeitorias nos contratos de locação, devem-se levar em conta princípios que têm como fundamento a dignidade da pessoa humana, devendo o Estado intervir, por meio das cláusulas gerais.

O princípio do equilíbrio econômico veda o lucro excessivo para que o contrato não se torne algo oneroso a ponto de se tornar extremamente inviável para uma das partes, estando intimamente ligado ao princípio constitucional da igualdade substancial prevista na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 3º, inciso III¹⁰ que tem como premissa igualar a todos na medida de suas desigualdades, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

O que se preza é o equilíbrio contratual, levando em consideração o resultado do contrato e não só o que foi acordado entre as partes, sendo um limitador do princípio da força obrigatória do contrato (*Pacta Sunt Servanda*), valorizando a paridade entre elas, preocupando-se com o contratante vulnerável, como, por exemplo, o consumidor.

Por “vulnerável” entende-se ser qualquer circunstância apta a diminuir consideravelmente a efetividade da autonomia contratual, podendo o contrato ser modificado, rescindido se houver um desequilíbrio, quando o negócio jurídico se tornar viciado.

Cumprir destacar a vedação ao enriquecimento ilícito que se encontra no artigo 884 do Código Civil¹¹, que possui uma abrangência geral, de acordo com o caso concreto, tratando-se de uma norma de aspecto econômico e social, que veda o enriquecimento injusto, a movimentação de riquezas e acréscimo patrimonial sem uma causa que fundamente tal fato,

⁹GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38.

¹⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 ago. 2020.

¹¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.



E promovendo, dessa forma, uma sociedade mais equilibrada e isonômica, operando conforme a Constituição Federal.

Desse modo, havendo a cláusula de renúncia dos contratos de locação, o contrato poderá se tornar extremamente oneroso ao locatário, desrespeitando, assim, o princípio da função social dos contratos e do equilíbrio econômico, além de promover o enriquecimento ilícito por parte do locatário, pois esta cláusula visa somente ao lado econômico, esquecendo-se do bem-estar e da justiça social.

2. O REGIME DE BENFEITORIAS NA LEI DE LOCAÇÃO E SUA ESPECIALIDADE NORMATIVA FRENTE AO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O artigo 96 do Código Civil¹³ traz a definição dos três tipos de benfeitorias existentes, sendo elas necessárias, úteis e voluptuárias. Essa classificação irá variar de acordo com a destinação e a localização que é dada ao bem, principalmente no que concerne aos bens imóveis. É importante ressaltar que essas benfeitorias são introduzidas no bem com objetivo de conservá-lo e melhorá-lo, e cada uma delas provoca um efeito jurídico diverso, dependendo da situação do imóvel.

A distinção entre as benfeitorias e pertença deve ser considerada. O doutrinador Flávio Tartuce¹³ ensina que aquelas são introduzidas por quem não é proprietário, e estas por quem tem o domínio. A título de ilustração, encontra-se a Lei de Locação de Imóveis Urbanos que não dispõe sobre pertenças, mas sim sobre as benfeitorias, por elas serem introduzidas pelo possuidor direto do bem, que, no caso, será o locador do imóvel, dispondo a lei sobre os efeitos jurídicos que recaem sobre o locatário.

O artigo 1919 do Código Civil¹⁴ diz expressamente que o possuidor de boa-fé terá direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, podendo ainda exercer o direito de retenção pelos valores das benfeitorias úteis e necessárias.

Dessa forma, o possuidor poderá ficar com bem até que ele seja ressarcido, evitando, assim, o enriquecimento ilícito.

¹³ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

¹³TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 20. ed. V. 1. São Paulo: Forense, 2014, p. 55.

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

Já em relação aos possuidores de má-fé, o artigo 1220 do Código Civil¹⁵ diz que apesar de ter a posse do bem de modo reprovável, terá direito à indenização das benfeitorias necessárias, não possuindo o direito de retenção, para que se evite o enriquecimento sem causa do proprietário.

Porém, em relação à Lei de Locação¹⁶ há uma regra específica e diferenciada quando se trata de regimes de benfeitorias, descritas especificamente no artigo 35, em que o locatário poderá renunciar à indenização das benfeitorias, mesmo sendo elas de natureza necessária, atuando como uma ordem de direito privado, em que o Superior Tribunal de Justiça tenha consolidado esta ideia na súmula 335¹⁷.

Há de se considerar que o tratamento dado pelo Superior Tribunal de Justiça é extremamente paternalista, uma vez que o direito à indenização e a possibilidade de retenção configuram um direito peculiar, indisponível e inerente ao locatário que se encontra de boa-fé, e na maioria dos casos concretos, quando há a renúncia dessas benfeitorias, poderá configurar o enriquecimento ilícito, algo que é expressamente vedado na atual codificação civilista.

Não há proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento jurídico ao tornar válida a cláusula de renúncia das benfeitorias nos contratos de locação, uma vez que, como já foi citado acima, até o possuidor que se encontra de má-fé possui o direito à indenização das benfeitorias necessárias, justamente para se evitar a onerosidade contratual excessiva, configurando, dessa forma, uma aberração jurídica.

Ademais, atualmente, a maioria dos contratos de locações são feitos através de imobiliárias. Nesse sentido, se o indivíduo promove um contrato de locação com a finalidade residir no imóvel, por meio de uma imobiliária, ele poderá ser amparado pelo Código de Defesa do Consumidor, que tem o intuito de garantir equilíbrio nas relações consumeristas para promover a justiça, salvaguardando o consumidor, por ser a parte mais vulnerável desta relação, impondo certas obrigações e limites para que não ocorram práticas abusivas.

O contrato de locação passou a ser feito por muitas empresas imobiliárias, por meio de contrato de adesão, ou seja, sem oportunizar ao locatário o questionamento das cláusulas presentes no instrumento contratual, visando à busca do lucro, e ainda, impõe ao contratante a cláusula de renúncia das benfeitorias, podendo assim configurar uma arbitrariedade desmedida,

¹⁵Ibid.

¹⁶Ibid.

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 31774-SP. Relator: Ministro Nelson Vidigal. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-somulas-2012_28_capSumula335.pdf> Acesso em: 04 ago. 2020.



indo contra o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, bem como seus princípios basilares.

Destarte, o contrato de adesão é utilizado para facilitar o negócio jurídico, fazendo com que a sua execução seja mais rápida e menos custosa, atendendo, na maioria das vezes, a interesse do polo mais favorecido economicamente, uma vez que não há a discussão efetiva das cláusulas vigentes no contrato de maneira isonômica, e com isso devem-se utilizar mecanismos jurídicos de proteção para que haja um equilíbrio contratual entre o polo ativo e passivo da relação jurídica.

Desse modo, o artigo 51, XVI do Código de Defesa do Consumidor¹⁸ preleciona que são nulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias, e no mesmo sentido, o Enunciado número 433 do CJF/STJ da V Jornada de Direito Civil¹⁹ diz que a cláusula de renúncia antecipada ao direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias é nula em contrato de locação de imóvel urbano feito nos moldes do contrato de adesão.

O dispositivo 424 do Código Civil²⁰, na linha de raciocínio do artigo e do enunciado mencionados acima, diz expressamente que serão nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Dessa forma, não terá efeito a cláusula de renúncia das benfeitorias em contrato de adesão, confirmando ser destoante do ordenamento jurídico a decisão do Superior Tribunal de Justiça ao validar esta cláusula contratual.

Um dos principais argumentos para a validade do artigo 35 da Lei de Locações²¹ e para a edição da súmula 335 do Superior Tribunal de Justiça, é que por ser uma lei especial, ela deveria se sobrepor ao Código Civil que é considerado uma norma geral, de acordo com a teoria da especialidade normativa. Porém, esta teoria, como será visto adiante, encontra-se, de certa forma, superada, com a nova sistemática de integração do ordenamento jurídico, por meio da tese do diálogo das fontes.

Todavia, mesmo se utilizando do argumento da especialidade normativa e da solução clássica da antinomia, Flávio Tartuce²² leciona que o artigo 35 da Lei de Locação não se trata

¹⁸BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8078/compilada.htm>. Acesso em: 04 ago. 2020.

¹⁹BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 433. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/312>> Acesso em: 04 ago. 2020.

²⁰BRASIL. op. cit., nota 6.

²¹BRASIL. op. cit., nota 18.

²²TARTUCE, op. cit., p. 54.

de uma lei especial, e que por mais que o Código Civil seja considerado uma norma geral, há também diversas normas especiais. Assim explica:

[...] na realidade, o art. 424 do CC/2002 é norma especial, especialíssima, com maior grau de especialidade que o art. 35 da Lei de Locação. Isso porque o comando legal em questão é aplicável aos contratos de locação que assumem a forma de adesão, modalidade especial de contratação dentro desses contratos de locação. Portanto, deverá prevalecer o que consta no Código Civil atual. De fato, o Código Civil, em si, é norma geral, mas está repleto de normas gerais e especiais. Entre essas últimas, estão os comandos legais previstos para os contratos de adesão, quais sejam os arts. 423 e 424. No que concerne ao art. 2.036 do CC/2002, este somente impede a aplicação das normas previstas no atual Código Civil (arts. 565 a 578) em relação à locação de imóveis urbanos [...].

Conforme demonstrado, no caso, sendo o Código Civil uma norma geral, mas repleta de normas especiais, principalmente em relação ao contrato de adesão, deve-se aplicá-lo ao caso concreto, afastando e tornando-se nula a cláusula de renúncia das benfeitorias que consta na Lei de Locação, promovendo os valores constitucionais, afastando, dessa forma, a onerosidade excessiva, o enriquecimento ilícito, e um modelo de sociedade injusta, puramente patrimonialista.

Pode-se concluir, dessa forma, que a decisão do Superior Tribunal de Justiça é equivocada e seu principal argumento para a manutenção da cláusula de renúncia das benfeitorias se torna frágil diante do que foi exposto.

3. ARTIGO 35 DA LEI DE LOCAÇÃO ATRAVÉS DA TESE DO DIÁLOGOS DAS FONTES E A COMPLEMENTARIEDADE NORMATIVA

A tese do diálogo das fontes, criada e desenvolvida pelo alemão Erik Jayme²³ e introduzida no Brasil por Cláudia Lima Marques²⁴, tem como premissa afastar a ideia de que a aplicação de normas no ordenamento jurídico seria feita de forma destacada, reforçando, assim, a concepção de que o direito deve ser interpretado sistematicamente, de forma unitária, em que uma norma não exclui a outra, como ocorre na solução clássica de resolução de antinômias proposta pelo clássico doutrinador Norberto Bobbio²⁵, devendo, de acordo com a tese do diálogo das fontes, ter uma complementariedade entre as normas e os princípios vigentes, a fim de criar

²³MARQUES, Cláudia Lima. Manual de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 89-90.

²⁴MARQUES, op. cit., p. 90

²⁵BOBBIO, Norberto. A teoria do ordenamento jurídico. In: *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.



equilíbrio, proporcionalidade e harmonia no ordenamento jurídico, não sendo sandável para o sistema jurídico excluir uma norma sem analisar o contexto em que ela está inserida.

Assim, esta teoria desenvolvida na Alemanha traz mecanismos para a solução de problemas decorrentes de antinomias, o que obedece, dessa forma, aos valores constitucionais e reforça a ideia de que as normas estão no ordenamento para serem aplicadas de forma complementar, e não serem excluídas umas pelas outras, operando, assim, de forma justa no caso concreto, o que consagra a autonomia normativa por meio da união de normas e, conseqüentemente, uma integração entre elas.

Claudia Lima Marques²⁶ leciona em sua obra um importante fundamento desta teoria desenvolvido por Erik Jayme, destacando o âmago filosófico da questão, como se vê abaixo:

[...] segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de 'leitmotivesentiments', sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos ("Zersplitterung"), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas.

Prossegue a autora dizendo que:

Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o 'doublecoding', e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilegiados dos 'espaços de excelência' [...]²⁷

Nesse sentido, muitos tribunais haviam decidido sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de locação, a exemplo do RE nº 90.366²⁸ de lavra do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Vicente Cernicchiaro, que abaixo se transcreve:

RESP. CIVIL. LOCAÇÃO. BENFEITORIA NECESSÁRIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. A benfeitoria necessária é indenizável. O Código de Defesa do Consumidor veio amparar a parte mais fraca nas relações jurídicas. Nenhuma decisão

²⁶MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Louardelli. *Direitos do Consumidor Individual: Superendividamento e Crédito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 42.

²⁷ *Ibid*.

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE nº 90.366 – MG. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <<http://www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19929172/recurso-especial-resp-90366-mg-1996-0016186-Ofiteiro-teor-1D46662D5?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 set. 2020.

judicial pode amparar o enriquecimento sem justa causa. Toda decisão há de ser justa.”

Ademais, com a força normativa da Constituição e com as diversas fontes normativas, tenta-se estabelecer uma unicidade quando duas normas tratam de uma mesma situação jurídica. Dessa forma, a Constituição Federal entra em cena, e no presente caso proposto neste trabalho, quando há relação de consumo, a opção será pela tutela dos interesses dos consumidores, dando equilíbrio contratual entre as partes, conforme consta expressamente no artigo 170, V, da Constituição Federal da República de 1988²⁹.

Todavia, como já mencionado no presente trabalho, o Superior Tribunal de Justiça tem tido um posicionamento adverso, ao dizer que são inaplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, em razão da especialidade normativa da Lei de Locação, argumento esse que é facilmente refutado pela tese do diálogo das fontes, uma vez que com a releitura do Direito Civil à luz da Constituição Federal de 1988, preza-se mais pela integração de normas e princípios ao caso concreto do que a exclusão de um deles, criando, desta forma, um ambiente jurídico mais justo e ponderado.

Ao adotar essa posição, o Superior Tribunal de Justiça está ignorando toda uma sistemática construída ao longo dos anos focada despatrimonialização das relações obrigacionais do Direito Civil, em que foi assumido um rumo social, para se evitar que haja um atentado contra os interesses individuais das partes contratantes, satisfazendo, desta forma, os interesses da coletividade.

Ademais, como já foi dito anteriormente, há a supressão de uma importante cláusula geral que se encontra na codificação civilista, que veda o enriquecimento ilícito, uma vez que, ao convalidar a cláusula de renúncia das benfeitorias, cria-se margem ao locador para ter um aumento patrimonial, sem causa e indevido. Por outro lado, faz com que o locatário tenha uma perda patrimonial sem uma causa legítima, configurando, desta forma, um desnívelamento injustificado e um despropósito jurídico.

CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 trouxe uma nova perspectiva de ordenamento jurídico, em que o homem e o bem-estar social ganham relevância em detrimento das perspectivas patrimoniais, avançando sistematicamente nos direitos humanos e nas garantias fundamentais, no qual o

²⁹BRASIL. *op. cit.*, nota 10.



Estado ganha um papel relevante dentro da ordenação legal, tendo o objetivo de criar um ambiente saudável e justo para que as relações privadas se desenvolvam naturalmente e de maneira equânime.

Destarte, como já visto ao longo deste trabalho, o contrato possui uma relevância, não só entre as partes que contratam como também uma relevância social, pois com a constitucionalização do Direito Civil, e com a implementação da função social do contrato, foi superado o individualismo que vigorava no Código Civil de 1916, e com a nova sistemática trazida, o desejo contratual é conciliar os bens comuns dos contratantes com os anseios sociais.

Como apresentado no curso deste trabalho, há uma divergência muito grande em relação à validade da cláusula de renúncia das benfeitorias pelo locatário nos contratos de locação, bem como a consolidação jurisprudencial na súmula 335 do Superior Tribunal de Justiça, em que a decisão se demonstra extremamente patrimonialista e desproporcional em relação ao ordenamento jurídico vigente.

O Superior Tribunal de Justiça leva em consideração um critério isolado, que já foi superado, sendo ele o da especialidade normativa. A premissa utilizada pelo STJ é que se a Lei de Locação é uma lei especial, deve-se utilizá-la, tornando válida a cláusula de renúncia das benfeitorias nos contratos de locação de imóveis. Com isso, ignora-se todo o contexto jurídico-constitucional em que a norma está inserida, deixando de fazer uma interpretação sistêmica do ordenamento.

Parte da doutrina diz que ao dar validade à cláusula de renúncia das benfeitorias nos contratos de locação, haverá flagrante violação aos princípios constitucionais e civilistas, conforme demonstrado no presente trabalho. Neste caso, deve-se utilizar a teoria da tese dos diálogos das fontes, superando, dessa forma, a regra clássica da solução das antinomias e da especialidade normativa.

Dessa forma, preza-se mais pela complementariedade normativa, promovendo uma integração de normas, e uma melhor aplicabilidade das regras e princípios ao caso concreto, cumprindo os objetivos constitucionais, e se afastando do viés patrimonialista do Código Civil de 1916.

Diante do exposto, com a Constituição Federal de 1988, consagra-se a Teoria da Horizontalização do Direito, em que se promovem as cláusulas gerais, fazendo com que os preceitos de ordem pública entrem na relação dos particulares para promover direitos fundamentais, prezando pela dignidade da pessoa humana, e conseqüentemente o equilíbrio contratual entre as partes, protegendo os mais vulneráveis da relação, o que não ocorreu na

decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que a parte vulnerável, no caso, o locatário, se encontra mais vulnerável ainda na relação, principalmente em se tratando de contrato de adesão.

Em conformidade com tudo o que foi exposto, conclui-se, com base na Constituição Federal, e nos seus princípios basilares, na codificação civilista e consumerista, que o Superior Tribunal de Justiça, ao reafirmar a validade de cláusula de renúncia das benfeitorias, está indo contra os princípios que promovem os direitos fundamentais, sendo eles norteadores do ordenamento jurídico, criando-se uma aberração jurídica e uma desproporcionalidade normativa, uma vez que pelo o Código Civil de 2002, o possuidor direto, mesmo estando de má-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias, que são aquelas que têm objetivo de conservar ou evitar que o bem se deteriore, para evitar o enriquecimento ilícito, o que não ocorre no caso de renúncia das benfeitorias no contrato de locação de imóveis.

Vigra-se, então, a abusividade, arbitrariedade e o patrimonialismo da cláusula de renúncia das benfeitorias, e a consolidação da súmula 335 do Superior Tribunal de Justiça, promovendo o desrespeito aos valores de preceitos públicos, as cláusulas gerais, em que dá margem ao enriquecimento ilícito, a quebra da função social dos contratos, ferindo, assim, a proteção ao ser humano consagrada na Carta Magna, e, conseqüentemente, a ideia da Constitucionalização do Direito Civil.

Logo, é possível deduzir a ilegalidade e discrepância da cláusula de renúncia das benfeitorias no contrato de locação de imóveis, devendo ser aplicada de modo igualitário aos contratos de locação a regra elencada no Código Civil, que se encontra no artigo 1.219, em que preceitua que os possuidores de boa-fé deverão ser indenizados pelas benfeitorias necessárias e úteis, bem como as voluptuárias, quando puder ser retirada sem detrimento da coisa.

Ademais, conforme já foi exposto no trabalho, na sociedade atual, os contratos de locação são feitos, na maioria das vezes, através de imobiliárias, que utilizam o contrato de adesão como forma de consolidar as vontades dos contratantes, e ao se utilizar a regra do artigo 1.219 do Código Civil, respeita-se também o dispositivo 424 da mesma codificação que diz expressamente que no contrato de adesão são nulas as cláusulas que renunciem antecipadamente direitos do aderente a direito resultantes do negócio jurídico, promovendo, desta forma, o respeito aos princípios constitucionais, a integralidade e a harmonia do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



BOBBIO, Norberto. *A teoria do ordenamento jurídico. In: O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.* São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406/compilada.htm>. Acesso em: 03 ago. 2020

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8078/compilado.htm>. Acesso em: 04 ago. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 ago. 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº 382724-SP.* Relator: Ministro Edson Vidigal. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_sumulas-2012_28_capSumula335.pdf> Acesso em: 04 ago. 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 433 da V Jornada de Direito Civil.* Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/312>> Acesso em: 04 ago. 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RE nº 90.366-MG.* Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <[http:// https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19929172/recurso-especial-resp-90366-mg-1996-0016186-0/inteiro-teor-104666205?ref=uris-tabs](http://https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19929172/recurso-especial-resp-90366-mg-1996-0016186-0/inteiro-teor-104666205?ref=uris-tabs)>. Acesso em: 12 set. 2020.

DE SOUZA, Syvio Capanema. *O Código Napoleão e sua Influência no Direito brasileiro.* EMERJ, Rio de Janeiro v. 7, n. 26, jan. 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos.* 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito.* 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral.* 20. ed. V. 1. São Paulo: Forense, 2014.

_____. *Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie.* 9. ed. São Paulo: Método, 2016.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Alvaro Augusto Ramos Lemos

Graduado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Pós - Graduado em Direito Processual Civil e Gestão Jurídica pelo Ibmecc - Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais.

Resumo – Cada vez mais se constata a tendência de expansão da justiça criminal negocial no cenário brasileiro do processo penal, com destaque para o instituto da colaboração premiada. Contudo, com o triunfo indiscriminado da barganha da colaboração, vêm à tona fundamentais complicações processuais, sobretudo devido à tensão que esse novo panorama ocasiona aos direitos e garantias constitucionais fundamentais que estruturam o processo penal. A essência do trabalho é abordar tais violações constitucionais, em especial o direito ao silêncio, proporcionalidade, anterioridade, individualização da pena e devido processo legal, propondo, ao final, a estruturação de barreiras e filtros, como meio de se mitigar as inevitáveis transgressões à Constituição.

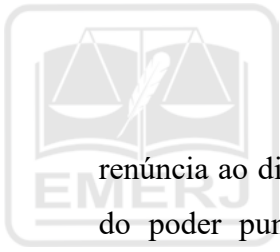
Palavras Chave - Direito Penal. Colaboração Premiada. Inconstitucionalidade. Princípio da Não Autoincriminação. Anterioridade e proporcionalidade da pena. Devido processo penal.

Sumário – Introdução. 1. Da inconstitucionalidade da renúncia ao direito ao silêncio 2. Da inconstitucionalidade pela violação da legalidade, anterioridade, proporcionalidade e individualização da pena. 3. Da inconstitucionalidade pela violação do contraditório, ampla defesa e obrigatoriedade da ação penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema da inconstitucionalidade da colaboração premiada mostra-se relevante pelo destaque do referido instituto negocial e sua tendência de ampliação dentro processo penal brasileiro, tendo sido popularizada principalmente pela denominada Operação Lava-Jato. Em que pese os avanços no combate às organizações criminosas, pelo que não se nega ter se demonstrado eficiente instrumento persecutório penal em alguns casos concretos, não se pode olvidar algumas relevantes controvérsias jurídicas, que têm como base a inobservância do próprio texto fundamental.

Desse modo, com o triunfo da barganha sobre o processo penal, basilares problemas afloram, especialmente diante da tensão com direitos e garantias fundamentais que estruturam o processo penal e constitucional. Assim sendo, o presente trabalho pretende abordar o tema da inconstitucionalidade da colaboração premiada, expondo a violação de promessas fundamentais e visando à limitação de tais tendências. Tais violações podem se constituir sobre diferentes formas como, por exemplo, a interrupção do devido processo legal, a



renúncia ao direito de silêncio, a desigualdade na aplicação das penas, bem como a limitação do poder punitivo estatal. Assim, estruturam-se os seguintes problemas, que guiarão o desenvolvimento deste trabalho:

Inicia-se o primeiro capítulo questionado se a colaboração por si só fere o princípio da não autoincriminação, considerando que há previsão de renúncia ao direito ao silêncio. Nesse sentido, indaga-se se é possível tal sacrifício de uma garantia constitucional e se problematiza o fato de o delator poder ser coagido/corrompido a romper com o silêncio.

Segue-se questionando, no segundo capítulo, a desarrazoada discricionariedade do Ministério Público em estipular a sanção a que o colaborador estará submetido. Nesse sentido, discute-se a violação do princípio da anterioridade da pena, bem como da garantia da proporcionalidade na aplicação aos agentes criminosos. Ressalta-se também se o Estado não está a premiar quem teve uma atitude de traição, bem como se esse instrumento não é comumente utilizado apenas em determinados crimes, desatendendo o anseio popular e próprio intuito da pena. Por fim, no terceiro capítulo, enfocam-se as demais consequências para o devido processo penal, destacando-se a violação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, considerando a possibilidade de sequer haver denúncia pelo Ministério Público.

Objetiva-se, portanto, demonstrar as inconstitucionalidades presentes na colaboração premiada, lacunas na lei e principais pontos causadores de injustiça. O trabalho pretende realizar um estudo dogmático crítico, além de propor critérios e regramentos para sua limitação e racionalização do instituto. O trabalho pretende, desse modo, realizar um estudo dogmático crítico, além de propor critérios e regramentos para limitação e racionalização do instituto da colaboração.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e a abordagem do objeto será qualitativa, pretendendo o pesquisador se valer da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar a sua tese.

1. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA RENÚNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO

Um dos requisitos indispensáveis para a confecção do acordo de colaboração premiada é o fato de que colaborador, nos depoimentos que prestar, deverá renunciar, na presença de seu defensor, o direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de



dizer a verdade, conforme expresso no §14 do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13)¹.

Pelo princípio da não autoincriminação, a discussão doutrinária configura-se na inconstitucionalidade da necessidade de o acusado confessar os fatos que tenha conhecimento em troca de benefícios processuais. Por exemplo, Natalia Carvalho² defende que “diante da possibilidade de obtenção do prêmio estatal, o indivíduo tem sua liberdade vulnerada, restando compelido a cooperar com o desenvolvimento da atividade empreendida pelo Estado”.

Nesse sentido, tem-se como controversa a constitucionalidade do instituto da colaboração premiada, uma vez que o disposto no referido artigo prevê expressamente que o acusado deverá renunciar ao seu direito fundamental ao silêncio como requisito para o estabelecimento do acordo, podendo, ou melhor, “devendo”, inclusive, produzir prova contra si. Para José de Assis Santiago³, a referida norma é inconstitucional, pois “não pode lei infraconstitucional excepcionar garantia fundamental ao silêncio e não autoincriminação; onde a Constituição não excepcionou, o legislador não pode criar exceção”.

Como exemplo prático de autoincriminação, pode-se citar a hipótese de muitos investigados que, em tese, poderiam ser beneficiados com uma sentença absolutória por insuficiência probatória ou pelo princípio do *in dubio pro reo*, mas que temerosos acabam por se auto incriminar, renunciando ao seu direito ao silêncio.

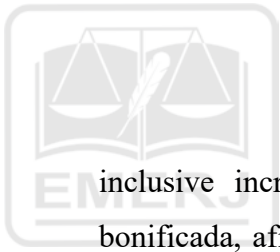
Vale ressaltar que como implicações da renúncia do direito ao silêncio, o colaborador fica constrangido a conceder declarações a todo o momento em que for solicitado em interrogatório. Tal fato pode resultar, na prática, em uma série de falsas declarações forçadas sob coação, na qual se incluem inverídicas incriminações, considerando que o colaborador se veria pressionado a prestar um depoimento impreciso, ainda que sem nexos causais com os delitos postos em acordo, visando à conquista da benesse legal. Diante disto, há possibilidades concretas de frustradas tentativas de colaboração premiada, tendo em vista que o depoimento prestado pelo acusado poderá não resultar em referências objetivamente eficazes para a investigação criminal.

Neste contexto, é melhor para o órgão investigador iniciar seu procedimento investigatório com ausência de informações do que com dados falsos, os quais podem

¹ BRASIL. Lei nº 12850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 01 ago. 2020.

² CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 114.

³ SANTIAGO NETO, José de Assis. A colaboração premiada e sua desconformidade com o sistema acusatório e com o modelo constitucional de processo. In: MENDES, Soraia da Rosa. *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016, p. 120.



inclusive incriminar terceiros. César Roberto Bitencourt⁴ chama o instituto de traição bonificada, afirmando que “aquele que é capaz de trair, delatar ou denunciar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos em igualmente mentir, inventar, manipular para merecer o que deseja”.

A previsão do compromisso de dizer a verdade já mencionada também é controversa. Segundo o artigo 203 do Código de Processo Penal⁵, tão somente a testemunha compromete-se a dizer a verdade, sendo que a violação de tal preceito enquadra-se no delito tipificado no artigo 342 do Código Penal⁶, qual seja, o falso testemunho. O compromisso legal de dizer a verdade por parte da testemunha, muito mais do que um ato de colaboração com a administração da justiça, é uma garantia processual do acusado, o qual não poderá ser surpreendido com um depoimento mentiroso ou completamente alheio à dinâmica dos fatos, sendo-lhe permitido inclusive contraditar a versão apresentada em juízo. É de se destacar que a testemunha não é parte do processo, portanto, não possui interesse direto no seu desfecho; logo, tem o dever de depor e colaborar com a persecução penal, sendo-lhe defeso falsear os fatos, de modo que o artigo 206 do CPP⁷, não lhe permite se afugentar da intimação judicial, salvo em hipóteses específicas.

Por sua vez, há um fator essencial e distinto para compreender a figura do colaborador: seu interesse processual direto. Deste modo, não há como exigir-se do acusado colaborador que obre com a verdade, justamente porque o mesmo não deixou de ser parte do processo penal e, por conseguinte, deve manter suas garantias processuais íntegras, dentre elas a desnecessidade de colaborar. Assim sendo, no que se refere ao compromisso legal com a verdade por parte do delator, este não pode ser responsabilizado criminalmente pelo descumprimento do acordo, uma vez que a sua sanção reside justamente na negativa do benefício acordado, de modo que não é nem de perto uma figura processual que se assemelha a uma testemunha.

Assim sendo, a não autoincriminação é violada porque a recompensa da colaboração elimina o caráter voluntário da confissão. O art. 4º da Lei nº 12.850/2013⁸ é claro ao eleger a voluntariedade como pressuposto para a homologação da colaboração premiada. Em relação ao caráter voluntário da confissão, o direito de escolha entre colaborar ou permanecer em

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.117.

⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del13689.htm>. Acesso em: 01 ago. 2020.

⁶ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 ago. 2020.

⁷ BRASIL, op.cit., nota 5.

⁸ BRASIL, op.cit., nota 1.



silêncio é visto com insatisfação por parte da doutrina pelo fato de exercer, de forma subliminar, uma pressão psicológica sobre o colaborador e, com isso, direcionar o acusado à escolha pela colaboração, ferindo, dessa forma, de maneira clara, a espontaneidade.

Tal questão da voluntariedade consubstanciada na ausência de coação se agrava quando o réu colaborador está preso, considerando que a prisão pode ser utilizada com o propósito específico de facilitar a confissão ou estimular a cooperação. Resta, então, a pergunta se a condição de preso é compatível com a voluntariedade exigida pela lei. Gustavo Badaró⁹ defende que a incompatibilidade entre voluntariedade e prisão se inicia com a própria semântica das palavras, trabalhando as duas como antagônicas, não sendo passíveis de conciliação:

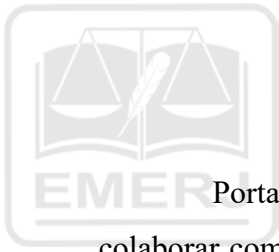
[...] voluntário advém do latim *voluntarius*, a, um, significando “que age por vontade própria”. Um agir voluntário é, portanto, um ato que se pode optar por praticar ou não. É atributo de quem age apenas segundo sua vontade. Ou, definindo negativamente: voluntário é o agir que não é forçado. Por outro lado, que prisão é coação, é o que diz a própria Constituição, assegurando o *habeas corpus* para quem sofre “coação em sua liberdade de locomoção”, de modo ilegal. [...]

No mesmo sentido, outros procuram demonstrar que a prisão é o momento de vulnerabilidade maior do investigado ou acusado, o que lhe retira a possibilidade de escolha voluntária, uma vez que o cerceamento da liberdade é descrito como o momento mais aterrorizante pelo qual está passando o investigado. Assim sendo, se o objetivo único do réu for alcançar sua liberdade o quanto antes, assim o fará, incluindo assumir o papel de colaborador. Portanto, sem liberdade plena, inexistente a voluntariedade, de modo que a restrição da liberdade física suprime a liberdade de opção. Em suma, o acusado ou investigado é capaz de fazer o que for preciso ou imposto para recuperar sua liberdade ou nela permanecer, uma vez que a soberania de locomoção é inerente às condições humanas, impactando consideravelmente em sua escolha por uma liberdade mais rápida.

Vale ressaltar que a prisão preventiva no ordenamento pátrio só tem cabimento nas situações específicas descritas nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal¹⁰. Quando a prisão tem por finalidade obter uma delação há um desvio de finalidade da prisão preventiva e um tratamento degradante, está se obtendo a delação por coação e contaminando a prova que já nasce eivada de ilicitude, corrompendo também o processo como um todo.

⁹ BADARÓ, Gustavo. *Quem está preso pode delatar?* Disponível em: <http://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015>. Acesso em: 04 mar. 2020.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 5.



Portanto, visto que o direito ao silêncio está ligado ao direito do acusado de não colaborar com o Estado na persecução criminal, não pode a Polícia ou o Ministério Público, tampouco o Judiciário esperar que o suspeito “coopere” com as investigações. Romper de imediato o direito ao silêncio é muito cômodo para o Ministério Público, visto que não teria que ser tão eficaz na investigação e instrução probatória, considerando que conta com uma confissão do delator como poderoso elemento de convencimento do juiz. Deste modo, o ideal é que o réu se mantenha inerte na relação processual, cabendo ao Ministério Público fazer desaparecer o estado de inocência presumida, pois é da acusação o ônus da prova, mantendo-se assim a higidez do processo penal.

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE PELA VIOLAÇÃO DA LEGALIDADE, ANTERIORIDADE, PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da legalidade deve ser observado por qualquer operador do direito, sendo de tal importância especificamente em matéria criminal que o Código Penal começa justamente destacando tal princípio. Trata-se, portanto, de um ordenamento pautado na noção de legalidade estrita, pelo que tal apego a noção de legalidade jamais poderia ceder lugar à legalidade de emergência, conveniência. No entanto, o acordo de delação premiada previsto na Lei nº 12850/13¹¹ caminha justamente em sentido contrário, ampliando a chamada justiça de barganha neste campo do direito.

Tal ordenamento prevê consequências próprias sancionatórias, por muito distintas daquelas previstas originariamente no Código Penal. O art. 4º da Lei nº 12850¹² diz expressamente que o réu colaborador eficaz terá em troca uma gama de benefícios, podendo o delator ser premiado com as hipóteses do perdão judicial, redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade, bem como substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Essas benesses fogem à intenção do legislador original, transformando por completo a pena em concreto, pelo que a sanção passa a ser praticamente uma discricionariedade e não uma imposição legal.

Desse modo, fere-se de plano o princípio da legalidade e da anterioridade da pena, considerando que o ator jurídico que de fato acaba por ter papel principal em fixar a sanção não é o próprio ordenamento ou tampouco o juiz, mas sim o Ministério Público, o qual normalmente firma os acordos.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² Ibid.



No entanto, por previsão constitucional, o parquet é órgão que deveria se ater tão somente a investigar ilícitos e propor as respectivas ações criminais.

Eis a lição de Canotilho e Brandão¹³ quanto ao papel reduzido do estado juiz nas delações:

[...] homologando o acordo, o juiz não se limita a declarar a sua validade legal, mas também, de certo modo, assume um compromisso em nome do Estado: ocorrendo a colaboração nos termos pactuados e sendo ela eficaz, em princípio devem ser outorgadas ao réu colaborador as vantagens que lhe foram prometidas [...]

Assim sendo, o magistrado fica vinculado ao acordo no momento do sentenciamento. Preenchidos os requisitos, a concessão passa a ser de observância quase obrigatória. Ocorre assim a caracterização de uma atuação burocrática do juiz, considerando que como regra geral apenas aplica o que já fixado em acordo, o que torna questionável a sua independência e frágil o dever a ele conferido de prestar tutela jurisdicional.

Desse modo, devido ao pacto de cooperação, não há necessariamente conformidade entre a aplicação da pena e a desejada convicção íntima do magistrado e da própria lei. A sanção, portanto, acaba por destoar do previsto originariamente no tipo penal, bem como guarda maior independência dos elementos que poderiam em tese influenciar a fase da dosimetria da pena, a exemplo daqueles elencados no art. 59 do Código Penal¹⁴, os quais são normalmente ponderados pelo magistrado nos casos concretos.

A legalidade estrita é também agredida sobre outro prisma, qual seja, a promessa e a concessão de prêmios ilegais, as quais não encontram previsão na lei citada, que por sua vez é clara e taxativa, permitindo tão somente as três alternativas já expostas. Há casos concretos registrados em que se aplicaram patamares diferenciados da redução de dois terços, bem como regimes de cumprimento de pena inexistentes, chegando-se à aberrante condenação em dezenas de anos ser transformada em prisão domiciliar, o que é legalmente impossível, a partir de uma simples leitura do artigo 318 do Código de Processo Penal¹⁵.

Em caso de prêmios ilegais, o Ministério Público age para além de juiz; atuando como verdadeiro legislador, não havendo limite à criatividade dos procuradores na negociação, como é próprio da função legiferante.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2017, p. 133-171.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 5.



Isso porque transforma regras cogentes e imperativas em cláusulas negociais, como se a sanção penal possuísse caráter amplamente disponível por parte do Estado. Com a finalidade de a qualquer custo obter uma enganosa verdade real e tendo ao seu lado a igualmente sofismável roupagem de combate à criminalidade, o Ministério Público finda por ter carta branca para atuar de modo distinto ao que lhe é constitucionalmente designado.

De igual modo, a colaboração premiada fere o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, considerando que há possibilidade significativa da diminuição da pena na figura exclusiva do delator, o qual por sua vez praticou idêntico ou similar crime em relação a terceiros delatados não contemplados pelo acordo.

Nesse sentido, o instituto é também criticável porque acaba por premiar justamente o traidor, o que é moralmente controverso, de forma que é questionável se tal conduta antiética da infidelidade deveria ser incentivada, ainda mais pela figura soberana do Estado.

Sobre o Estado se valer de uma conduta antiética como meio de persecução processual penal, Zaffaroni¹⁶ discorre:

[...] a impunidade de agentes encobertos e dos chamados arrependidos constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do estado de Direito: o Estado não pode se valer de meios imorais para evitar a impunidade [...] O Estado está se valendo da cooperação de um delinquente comprada a preço de sua impunidade, para fazer justiça, o que o Direito liberal repugna desde os tempos de Beccaria. [...]

A pena deve ser aplicada proporcionalmente à responsabilidade dos imputados. Conforme o art. 59 do Código Penal¹⁷, quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Pelo postulado da individualização da pena, tem-se que esta deve ser aplicada de maneira individualizada, ou seja, adequada perfeitamente a conduta do agente no evento criminoso.

Alberto Silva Franco¹⁸ aduz que “o princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)”. Na delação premiada, contudo, o prêmio concedido depende precipuamente da efetividade da colaboração, mais precisamente, do resultado obtido. Este pode estar relacionado à identificação de cúmplices e dos crimes, a revelação da estrutura e funcionamento da

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime organizado: uma categorização frustrada, discursos sediciosos, crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 59.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.



organização, a prevenção de novos crimes, a recuperação dos lucros obtidos ou a localização de eventual vítima com sua integridade física assegurada.

Portanto, nota-se que o magistrado, na sentença condenatória, considera de modo preponderante os critérios acima descritos para a fixação do prêmio, em detrimento de outros, os quais deveriam justamente ter maior peso. Não se verifica, assim, a possibilidade real de individualização da pena pelo juiz em conformidade com a previsão constitucional e legal, como ocorre no processo tradicional mais atento às particularidades do réu, na qual se perquire personalidade, antecedentes, conduta social, consequência do crime, culpabilidade e outros aspectos.

Também é bastante questionada a violação da proporcionalidade pelo irrisório quantum da pena final em casos de acordo, quando também comparada com a pena em abstrato prevista originariamente no Código Penal. Um exemplo de quebra da proporcionalidade é o benefício do perdão judicial se utilizado irrestritamente. A título de exemplo, na colaboração referente aos crimes de lavagem de dinheiro, uma das exigências para a concessão do perdão judicial é a localização dos bens, valores ou direitos objeto do crime. Ou seja, é necessária tão somente a devolução dos bens.

No mais, sabe-se que dentre objetivos da sanção penal, encontram-se a ideia de retribuição ao injusto causado, prevenção de novos crimes e, principalmente, a possibilidade de se estabelecer a convivência social harmônica, o que é algo de relevante interesse público. Nesse sentido, o Direito Penal não deve ser aplicado de forma mecânica e desprovido de maiores considerações de ordem sociológica, sob o risco de agravar os problemas sociais, uma vez que, por vezes, chega a uma resposta que a ninguém interessa.

Assim, a intervenção penal não pode satisfazer-se com o mero acordo, devendo ser razoável a consecução do objetivo de pacificar a sociedade, coibindo a prática de novas infrações, em harmonia com o conceito de justiça distributiva, sinônimo de justiça social. O acordo de colaboração premiada nos moldes atuais, pelo contrário, acaba por gerar na sociedade a sensação de impunidade, e talvez a convicção de que o crime compensa considerando haver possibilidade posterior de delação com redução relevante de pena.

Vale ainda ressaltar que tal instituto não é aplicado indiscriminadamente a todos os crimes praticados em concurso de agentes, havendo maior incidência naqueles chamados de “colarinho branco”, os quais são beneficiados por uma orientação mais branda de criminalização, o que certamente corrobora a impressão de seletividade do sistema penal em toda a sociedade.



3. DA INCONSTITUCIONALIDADE PELA VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são as colunas principais de um Estado Democrático de Direito, constituindo-se em garantias fundamentais de todo e qualquer cidadão que seja submetido a um procedimento judicial ou administrativo, possuindo singular importância no contexto do processo penal. É pela ampla defesa e contraditório que é concedida ao réu a certeza de uma condução dialética do processo, bem como de usufruir de condições que lhe possibilitem trazer aos autos todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo omitir-se ou calar-se, caso entenda necessário.

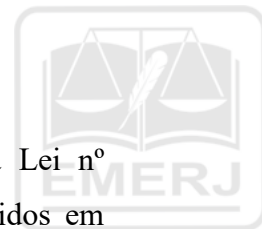
No entanto, os mecanismos negociais como a colaboração esvaziam o contraditório e ampla defesa porque anteriormente já cessaram com a presunção de inocência como regra probatória, segundo a qual a carga da prova é integralmente a acusação. Com a realização do acordo, desloca-se a responsabilidade pela formação do lastro probatório de incriminação ao próprio delator, o que distorce a estruturação do processo penal e modelo acusatório. Assim sendo, nota-se que não há premissa considerável de contraditório e ampla defesa para a figura do colaborador considerando que este deve aderir a acusação. Importante destacar a conclusão de Gustavo Badaró¹⁹ sobre as implicações da colaboração premiada para o devido processo penal:

[...] desloca-se a centralidade da legitimação do exercício do poder de punir de um instrumento cognitivo fundado no saber construído em contraditório, com o funcionamento de um mecanismo dialético de verificação e confronto entre tese e antítese, baseado na prova produzida que supere cada uma delas, para um modelo em que haverá apenas uma verdade preestabelecida por uma escolha discricionária.
[...]

Como exemplo desse esvaziamento, há diversas cláusulas nos acordos de delação da operação Lava Jato as quais proíbem que o delator conteste o acordo judicialmente ou interponha recursos contra as sentenças que receber. Em outros casos, abrem-se exceções apenas para os casos em que a pena imposta, seu regime de cumprimento ou as multas extrapolarem os limites fixados no pacto.

De igual modo, a figura do delatado também não possui ao seu lado tais garantias constitucionais de forma plena. Podem-se notar, de plano, dispositivos incompatíveis com os

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord). *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017, p. 143.



referidos princípios na colaboração premiada. Por exemplo, conforme art. 7º da Lei nº 12.850/2013²⁰, antes do recebimento da denúncia, o acesso aos depoimentos colhidos em regime de colaboração premiada é restrito ao juiz, ao membro do Ministério Público, ao delegado de polícia e aos defensores que atuam nos autos. Assim sendo, como regra geral, o réu delatado não tem acesso às acusações feitas pelo delator no momento da delação, impossibilitando sua defesa, sendo esta exercida tão somente na fase judicial, normalmente após o recebimento da denúncia, de modo que a elaboração da defesa do delatado resta prejudicada, uma vez que começa tardiamente em relação ao ideal.

Justamente com a finalidade de se evitar abusos e garantir a ampla defesa e o contraditório na fase investigatória, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 14²¹, que assegura o direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório digam respeito ao direito de defesa.

Tal preceito que deu origem à Súmula não é aplicado integralmente na colaboração premiada, em clara oposição à regra de publicidade. Nota-se uma incongruência: o contraditório e ampla defesa são previstos para situações corriqueiras de inquérito policial administrativo. No entanto, para algo mais gravoso como imputação de crime a terceiros, como é o caso do instituto colaboração, na qual há possibilidade ainda mais concreta de futura instauração de ação e condenação penal, não há o rigor necessário em se garantir os referidos princípios.

Jordana Mendes Silva²² entende que a delação não possibilita, de forma plena, o contraditório, uma vez que o delatado não tem acesso a informações importantes:

[...] sendo a delação o momento em que se colhem as informações do delator a respeito de pessoas, lugares etc., o delatado não tem acesso às acusações, para que delas possa se defender. Somente passada essa fase é que o acusado tem o direito à defesa. Mesmo assim, ele não tem acesso a todos os elementos que, querendo ou não, o incriminam, tais como acesso aos dados do delator, e que seriam importantes como meio de se estabelecer o contraditório. Importa salientar que não existe acareação entre delator e delatado, para que possa ser feita uma análise de todas as informações, referentes à defesa e à acusação. [...]

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado de Súmula Vinculante nº 14*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 10 set. 2020.

²² DA SILVA, Jordana Mendes. *Delação premiada: uma análise acerca da necessidade de regulamentação específica no direito penal brasileiro*. PUCRS, 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/jordana_silva.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.



Vale ressaltar que a situação de restrição de publicidade ao acordo pode ainda ser estendida ao próprio delator. Um dispositivo contratual problemático, que consta de vários termos de delação, determina que a defesa do próprio delator não terá acesso às transcrições dos depoimentos do respectivo, que ficarão restritas ao Ministério Público e ao juiz. A justificativa nada razoável para essa restrição é a manutenção do sigilo, como forma de não prejudicar outras investigações.

No mais, a colaboração premiada é capaz de embasar decisões no curso da persecução penal, como o início das investigações na figura da abertura de inquérito policial com consequentes meios de obtenção de prova, decretação de medidas cautelares, bem como o recebimento de denúncia em juízo. Trata-se de tomadas de decisões por demais gravosas para o delatado e que poderiam ser evitadas caso houvesse a possibilidade de contraditório prévio. No entanto, pela literalidade do ordenamento jurídico, mesmo que realizadas diligências de caráter cautelar, a exemplo de decretação de medidas cautelares reais e pessoais em relação a investigados indicados pelo colaborador, como é o caso de decretação de prisão preventiva ou temporária, ainda assim subsistiria razão para o sigilo, uma vez que ainda não recebida a denúncia.

Sabe-se que teoricamente as provas colhidas na fase investigatória não trazem prejuízos ao réu, eis que não pode haver condenação baseada apenas com elementos de convicção colhidos na fase do inquérito. Apesar de não ser formalmente uma prova, uma vez que a natureza jurídica da colaboração é um meio de obtenção de prova, é impossível na prática assegurar que em seu íntimo o magistrado não dará a indevida valoração probatória ao acordo, de modo a receber a denúncia, decretar medidas cautelares ou até mesmo condenar em sentença.

Por isso, faz-se necessário garantir o contraditório e a ampla defesa desde o início de todo o procedimento como meio de se mitigar essa possibilidade de valoração errônea. No mais, ainda que haja a valoração de forma equivocada pelo magistrado, é legítimo que exista um contraponto inserido no próprio acordo ou mesmo no inquérito, trazendo desde já a visão contrária dos fatos imputados. Também é legítimo que se tenha o quanto antes acesso ao acordo como meio de melhor preparar sua defesa judicial como obter álibis, testemunhas ou contradições na imputação, visando o próprio curso do processo. Nos moldes atuais, o acusado não tem a célere possibilidade de comprovar fatos contrários, demonstrando de plano que a delação premiada realizada não é verdadeira.

A lei também não dispõe sobre a possibilidade de acareação entre o delator e o acusado, valendo ressaltar que o delator falará em audiência sem contato visual com outros



acusados, conforme art. 5º da Lei nº 12.850/2013²³. Com a importante possibilidade de acareação, evitar-se-iam delações falsas, bem como mitigar-se-iam investigações frustradas por parte do Ministério Público ou mesmo a propositura de denúncias sem base, o que desafogaria também o poder judiciário.

Além disso, há a possibilidade de o Ministério Público se comprometer a não propor novas investigações e ações decorrentes dos fatos que são objeto do compromisso. Na opinião de Aury Lopes Jr²⁴, “esse tipo de cláusula de não proceder coloca o MP com um poder de disposição que ele não tem. Assim, viola os princípios da legalidade, indisponibilidade e obrigatoriedade”. Trata-se, à evidência, de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, autorizando o não oferecimento da denúncia por critérios distintos da existência de um ilícito com justa causa. É conhecido que a possibilidade de não oferecimento da denúncia não é algo novo, visto que há tal previsão no âmbito dos juizados especiais.

No entanto, questiona-se a banalização do uso desta técnica fora do âmbito de crimes de natureza privada, precipuamente pela proporcionalidade de tal medida em crimes de maior potencial ofensivo, os quais normalmente envolvem consequências por demais gravosas para toda a sociedade. É o entendimento de Vinicius G. Vasconcellos²⁵:

[...] as tendências de generalização dos acordos entre acusação e defesa representam ingênua (ou mal intencionada) crença que percebe a complexidade da resposta estatal ao fenômeno delitivo de modo reducionista, ou seja, acarreta uma fuga ao enfrentamento real da problemática, que é evidentemente distinta e mais abrangente do que a necessidade ou não de aceleração do processo penal. [...]

Pelo exposto, a colaboração premiada faz com que os todos os réus tenham que pagar pela ineficiência do Estado em processá-los adequadamente, com a renúncia coagida de suas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A Justiça penal ideal não é aquela que muito pune, mas sim a que sabe usar a punição como elemento estratégico de repressão ao crime. Não se pode perder de mente que a sociedade vence não apenas quando os culpados são condenados, mas quando os julgamentos criminais são justos.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 386.

²⁵ VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 218.



Se a colaboração é um instrumento para garantir resultados, é imprescindível analisar se a sistemática atual é compatível com a Constituição Federal, considerando que a esparsa legislação sobre delação demonstra relativizar garantias constitucionais. Essa pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de diversas incompatibilidades com valores constitucionais como os do direito ao silêncio, devido processo legal e da proporcionalidade e individualização da pena.

O direito ao silêncio é a manifestação de uma garantia muito maior, qual seja, do direito da não acusação a si próprio. No entanto, a delação se caracteriza por lógica que impõe pressões e coerções sistemáticas para aceitação do acordo. Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, esta pesquisa chegou ao entendimento de que a colaboração também rompe com o princípio da proporcionalidade e com a individualização da pena, ocorrendo punições distintas a pessoas envolvidas no mesmo fato e com idênticos graus de culpabilidade. A possibilidade de realização de acordos em âmbito penal também fere o devido processo, afasta o acusado da sua inerente posição de resistência e provoca o esvaziamento do ônus probatório imposto à acusação.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que essas características comprovam que a delação é uma forma de se buscar uma confissão sem medir esforços. Diante do exposto, a proposta do autor consiste na tese de que não há outro caminho senão adaptações ao instituto, como meio de redução de danos, considerando que é inviável sua abolição, pelo que são propostas as seguintes linhas gerais para estruturação do regime de colaboração premiada.

Em respeito ao direito da não auto incriminação, deve ser possível a retratação da manifestação de conformidade com a acusação, desfazendo-se o acordo e inviabilizando a utilização em prejuízo ao delator dos elementos eventualmente produzidos.

Não há justificativa legítima para afastar a aplicabilidade das regras de nulidade e ilicitude probatória no regime da colaboração premiada. Se houver violação de normas legais, constitucionais ou convencionais, torna-se ilegal a realização da colaboração. E, como consequência lógica inafastável, se houver a nulidade do acordo, os elementos probatórios produzidos em sua decorrência também estarão contaminados.

A realização da colaboração premiada deve se guiar por critérios pautados pela legalidade, com requisitos, pressupostos, abrangência, possíveis benefícios e obrigações previamente definidos em lei. Apenas assim fomenta-se um modelo regrado pela segurança e



previsibilidade da negociação, garantindo um tratamento prioritário e igualitário entre os perseguidos pelo poder punitivo estatal.

Considerando-se que o regime da colaboração deve respeitar a legalidade, caso haja o cumprimento dos pressupostos e requisitos no caso concreto, consolida-se direito do imputado a colaboração, configurando-se o direito à concessão dos prêmios, nos termos pactuados. As cláusulas pactuadas também devem submeter-se à estrita legalidade, ou seja, benefícios, renúncias e obrigações consentidos somente serão admitidos se autorizados em lei, em conformidade com os ditames constitucionais. Não podem ser admitidos regimes diferenciados de cumprimento de pena, em desatenção ao ordenamento, por exemplo.

A colaboração premiada somente deve ser admitida em casos excepcionais, especialmente quando houver elementos objetivos que demonstrem a complexidade da investigação e a insuficiência de outros meios, vedando-se sua utilização em casos de menor gravidade e sem atenção à proporcionalidade da medida.

Por fim, a regra nos atos de colaboração premiada deve ser a publicidade, devendo-se autorizar a imposição de sigilo, por decisão judicial a partir de requerimento das partes, somente quando houver elementos concretos que demonstrem sua necessidade para assegurar a efetividade de medida investigativa ou a proteção do colaborador. Nos demais casos, deve ser permitido o acesso aos autos.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: Moura, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017.

_____. *Quem está preso pode delatar?* Disponível em: <http://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização Criminosa*. Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. *Decreto Lei nº 3689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01 ago. 2020.



_____. *Lei nº 12850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado de Sumula 14*. Relator: Cezar Peluso. Sessão Plenária de 02/02/2009. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 17 set. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 133, ano 25, p. 133-171, jul. 2017.

CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CORDEIRO, Néfi. Delação premiada na legislação brasileira. *Revista AJURIS*, v. 37, n. 117, p. 273-296, mar./2010.

COUTINHO, Jacinto Miranda. *Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 159, p. 07-09, fev./2006.

DA SILVA, Jordana Mendes. *Delação premiada: uma análise acerca da necessidade de regulamentação específica no direito penal brasileiro*. PUCRS, 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/jordana_silva.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. In: Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal. *Estudos de Processo Penal*. São Paulo: Scortecci, 2011.

SANTIAGO NETO, José de Assis. A colaboração premiada e sua (des)conformidade com o sistema acusatório e com o modelo constitucional de processo. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org). *A Delação/Colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime organizado: uma categorização frustrada, discursos sediciosos, crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: RelumeDumará, jan-jul, 1996.

MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS NO DIREITO AOS ALIMENTOS

Amanda Viana de Freitas

Graduada pela UNIFLU – Centro Universitário Fluminense.

Resumo – as transformações sociais ao longo do tempo acarretaram na mudança das relações familiares, de forma que atualmente a filiação pode se dar pelo vínculo biológico ou pelo vínculo afetivo. O vínculo socioafetivo abrange direitos e deveres equiparados aos da filiação biológica e, portanto, necessária a análise da multiparentalidade quanto aos institutos do Direito de Família. O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da multiparentalidade e seus aspectos gerais, com enfoque na efetividade da prestação de alimentos nos casos de diversos vínculos parentais.

Palavras-chave – Multiparentalidade. Princípio da afetividade. Alimentos.

Sumário – Introdução. 1. Evolução do conceito de família e a multiparentalidade. 2. Poder familiar, multiparentalidade e o encargo quanto ao direito aos alimentos. 3. Efetividade da prestação de alimentos nos casos de multiparentalidade. Conclusão. Referências.

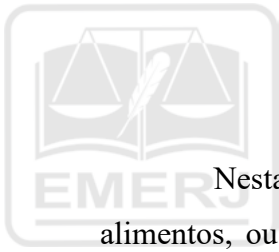
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade do reconhecimento do fenômeno da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro e a sua aplicabilidade em relação aos direitos dos alimentos.

Procura-se demonstrar que, em decorrência das mudanças e avanços das relações sociais, surgiu o instituto da multiparentalidade, o qual há o estabelecimento do vínculo familiar biológico e afetivo, e a partir deste, faz-se necessária à análise das controvérsias quanto aos direitos decorrentes da filiação.

A multiparentalidade decorre de uma relação de afetividade já existente, em que o agente cumpre estes deveres de forma voluntária. Essa situação, no entanto, não é regulada pelo ordenamento jurídico brasileiro, havendo inúmeras divergências diante da intervenção do Poder Judiciário no direito de família.

O presente artigo propõe análise sobre possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade sem que haja hierarquia entre o vínculo biológico e o socioafetivo, visto as atuais formações familiares, priorizando o melhor interesse da criança e do adolescente, e dando destaque aos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da solidariedade e do pluralismo familiar.



Nesta pesquisa, o enfoque será quanto à percepção do direito fundamental aos alimentos, ou seja, como será efetivada a obrigação de sustento da prole em face de uma relação multiparental, na qual há pluralidade de legitimados.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o vínculo afetivo pode ser reconhecido e gerar direitos e obrigações do mesmo modo que o vínculo biológico.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a evolução histórica e legislativa das relações familiares, abordando o conceito de família, de filiação e a prioridade da verdade social, com o reconhecimento de laços biológicos e afetivos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o afeto é bem jurídico tutelado pela ordem jurídica brasileira, devendo ser reconhecido o direito a multiparentalidade em decorrência dos avanços sociais. Será abordado o conceito e consequências do poder familiar e os encargos deste decorrente, destacando que não há hierarquia entre vínculos biológicos e socioafetivos.

O terceiro capítulo refere-se à efetividade da prestação de alimentos nos casos de multiparentalidade, observando a pluralidade de legitimados, a necessidade dos filhos e a possibilidade dos genitores, bem como a vedação ao enriquecimento ilícito, e, principalmente, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Poderão ser observadas as vantagens que o reconhecimento do instituto traz ao direito de família, em especial, na percepção de alimentos.

O artigo será desenvolvido pelo método indutivo, uma vez que se pretende eleger um conjunto de premissas, as quais acredita que darão apoio à conclusão.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será exploratória e qualitativa, porquanto pretende se valer da análise de bibliografias pertinentes ao tema em foco, de jurisprudências, dispositivos legais e princípios norteadores, a fim de sustentar a sua tese.

1. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA E A MULTIPARENTALIDADE

Diante das transformações da sociedade ao longo do tempo, aconteceram mudanças significativas nas relações interpessoais, que se desenvolvem de forma dinâmica. Isso porque, ainda baseado no Direito Romano, o direito de família era alicerçado na instituição casamento e na figura patriarcal do homem chefe da família.



Antes do advento da Constituição Federal de 1988¹, as famílias eram regulamentadas pelo Código Civil de 1916², que considerava família única e exclusivamente aquela formada pelo matrimônio. Este instituto era impedido de dissolução, havia distinção entre os membros familiares devido à relação de poder patriarcal, e grandes eram as discriminações das famílias que não se encaixavam neste padrão, bem como de filhos que não fossem frutos do casamento.

Com o avanço do capitalismo e a Revolução Industrial, o modelo de família foi se alterando naturalmente, por meio da inserção da mulher no mercado de trabalho e a igualdade entre os integrantes da família, e passou a se basear no afeto e na união de interesses.

Com as alterações na estrutura, a própria sociedade entrou em conflito com os dispositivos jurídicos, fazendo-se necessário o surgimento de leis que dessem mais liberdade aos cidadãos e reconhecessem os diversos tipos de famílias existentes.

Dentre todas as alterações legislativas, destaca-se a promulgação da Carta Magna³, em 1988, que positivou a igualdade entre homem e mulher, consagrou a formação da família por casamento e também por união estável, e, além disto, reconheceu a igualdade entre os filhos advindos do casamento ou não, entre outros direitos, tornando parte dos dispositivos do Código Civil de 1916⁴ inconstitucional, e quebrando paradigmas preconceituosos.

Como exemplo, os dispositivos abaixo, todos da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).⁵

Em 2002, com a promulgação do novo Código Civil⁶, os dispositivos foram ajustados de acordo com a Constituição Federal, modernizando de forma definitiva o direito

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.

²BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.

³BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴BRASIL, op. cit., nota 2.

⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.



de família. Com a sua entrada em vigor surgiu a terminologia “poder familiar”, que antes era tratado como “pátrio poder”. À exemplo, o seguinte dispositivo “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”⁷.

Com a nova concepção do Direito de Família, os dispositivos jurídicos se voltaram para a proteção de pessoas, reconhecendo as relações interpessoais existentes e dando ênfase a verdade real da sociedade.

Dentre os avanços nas relações familiares, destaca-se o reconhecimento do instituto da multiparentalidade. O afeto passou a servir de parâmetros para a definição de vínculos parentais, juntamente com o aspecto biológico que pode ser comprovado cientificamente. A formação de um ser humano é um conjunto de suas verdades científicas e suas verdades emocionais, logo, mister reconhecer a importância da afetividade entre as pessoas.

Quando a Constituição e o Código Civil de 2002 admitiram a igualdade entre os filhos, deu-se espaço para a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade, observando que é possível criar laços parentais concomitantes. Havendo afeto, possível o reconhecimento do vínculo de filiação com mais de um pai ou mais de uma mãe.

O Direito deve ser mutável a fim de suprir as necessidades da sociedade que evolui a cada dia, com o objetivo de reconhecer a verdade de fato. No caso da multiparentalidade, é necessário estudos para que o Poder Judiciário possa verificar diante dos casos concretos a melhor solução para cada família.

A dignidade da pessoa humana confere a todas as pessoas a possibilidade de escolha do formato de família que se deseja ter ou estar inserido, com base nas relações socioafetivas e na realidade social, mesmo que o formato não esteja previsto em lei, posto que o Estado não pode impor modelos fixos diante de uma sociedade diversificada e mutável. Outrossim, o Estado deve atuar para que o indivíduo tenha o direito e a liberdade de escolher seus objetivos de vida, garantindo o cumprimento do princípio da busca da felicidade.

Com o reconhecimento do instituto da multiparentalidade, todos deverão assumir os encargos decorrentes do poder familiar, como exemplo, quanto à guarda e os alimentos, bem como em sede sucessória, e todos exercerão o poder familiar em igualdade de condições.

Corroborando com a fundamentação, o enunciado nº 9 do IBDFAM⁸ diz que “A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.”

⁷ Ibid.

⁸BRASIL. Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Enunciado nº 09*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>> Acesso em: 16 mai. 2020.

2. PODER FAMILIAR E O ENCARGO QUANTO O DIREITO AOS ALIMENTOS

Poder familiar é o conjunto de direitos e obrigações atribuídos aos pais, em relação à pessoa e bens dos filhos menores. Trata-se de um direito irrenunciável, incompatível com a transação e indelegável, visto tratar-se de múnus público, isto é, um poder-dever no qual o Estado fixa as normas para o seu exercício.

Maria Helena Diniz assim conceitua:

O poder familiar consiste num conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos.⁹

O artigo 1.630 do Código Civil¹⁰ preceitua que "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores".

A fim de manter a ordem social e o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, estão entre os deveres de quem detém o poder familiar: a saúde, o sustento, a alimentação e a educação. Tais deveres sempre observarão o bem estar da criança e do adolescente, e, caso haja divergência entre os genitores, poderão recorrer ao Poder Judiciário para dirimir tal conflito, resguardando o interesse dos menores.

A Constituição Federal¹¹ assegura:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Cessado o vínculo entre os genitores, não se modifica o poder-dever familiar com relação aos filhos, conforme lição extraída do Código Civil "Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos [...]"¹²

As relações familiares são amplas e plurais, o que garante a aplicação da multiparentalidade mesmo sem uma legislação específica que a regulamente, com o respaldo principiológico extraído da Carta Magna e leis vigentes.

O Código Civil aduz que "Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem."¹³, e assim, admite que o vínculo de parentesco

⁹DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 6.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 1.

¹²BRASIL, op. cit., nota 6.

¹³Ibidem.



tenha origem distinta da consanguinidade, observada a convivência afetiva e a existência fática da relação de pai e filho, incorporando o conceito da socioafetividade. Ademais, o art. 226, §6º, CRFB/88¹⁴ é claro ao afirmar que os filhos terão os mesmos direitos e obrigações, qualquer que seja a origem de parentesco.

Corroborando com o entendimento, Maria Berenice Dias dispõe:

Nem a lei e nem a justiça ficaram inertes diante desse novo quadro, ao emprestar efeitos jurídicos aos avanços sociais e acolher novas demandas envolvendo o conceito de filiação. A biologicidade passou a ser vista como uma verdade científica que não traduz a gama de sentimentos e relações que realmente formam a família. O fator que agora impera é a presença do vínculo de afeto. Quem dá amor, zela, atende as necessidades, assegura ambiente saudável, independentemente da presença de vínculo biológico, atende o preceito constitucional de assegurar a crianças e adolescentes a convivência familiar.¹⁵

No mesmo sentido, o Enunciado 256 do Conselho da Justiça Federal ao dispor que “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”¹⁶

A multiparentalidade trata da legitimação da maternidade ou paternidade de alguém que exerce já exerce esse papel na vida da criança de forma espontânea, sem que para isso tenha que haver a desconsideração do vínculo biológico, posto que não há hierarquia entre as dimensões biológica e socioafetiva da paternidade.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. COEXISTENCIA DE VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVO E BIOLÓGICO. INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE AS FIGURAS PATERNAS COMPROVADAMENTE DEMONSTRADAS NOS AUTOS. MULTIPARENTALIDADE. POSSIBILIDADE DE SEU RECONHECIMENTO. RECURSO PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- Ao genitor não pode ser subtraída a oportunidade de obter provimento jurisdicional garantindo o reconhecimento do status de pai do menor, circunstância comprovada mediante a certeza científica decorrente da prova genética constituída no feito, visto que também merece relevo o fato de que a paternidade socioafetiva restou sobejamente demonstrada nos autos, ensejando a hipótese verdadeira ocorrência de multiparentalidade.

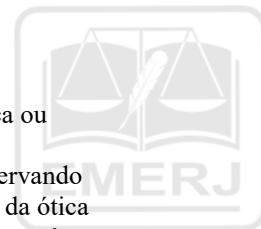
- Possível o reconhecimento judicial da multiparentalidade, conceito que ampara a coexistência de filiação biológica e socioafetiva, preservando sempre o interesse do menor e a evidência das circunstâncias demonstradas nos autos, não obstante o entendimento, segundo o qual o reconhecimento da paternidade biológica redundaria necessariamente na exclusão da dimensão socioafetiva.

- O reconhecimento da situação de multiparentalidade, com a garantia ao assentamento, no registro civil, tanto da paternidade biológica quanto da socioafetiva, revela solução que se harmoniza com a preservação dos interesses do

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. *Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-136/o-instituto-do-poder-familiar-uma-breve-analise/>>. Acesso em: 25 out. 2020.

¹⁶BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 256*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>> Acesso em: 01 set. 2020.



menor, considerando a ausência de hierarquia dentre as dimensões biológica ou socioafetiva da paternidade.

- A multiparentalidade garante a estabilização das relações familiares, preservando os direitos individuais e o melhor interesse da criança, pilares constitutivos da ótica orientadora das relações privadas e da família no constitucionalismo contemporâneo.
- Recurso provido em parte para reformar parcialmente a sentença.¹⁷

Pode se dar de forma simultânea, quando ambos os genitores (biológico e afetivo) exercem de fato a função de pai ou mãe, ou de forma temporal, nos casos em que ocorre o falecimento do genitor biológico e outra pessoa assume os encargos da paternidade.

Ao reconhecer a multiparentalidade, é necessário assegurar à criança todos os direitos inerentes do poder familiar, que a permitam desenvolver-se de forma integral, como o direito à educação, saúde, segurança, alimentação, entre outros. Aos pais socioafetivos, portanto, recaem todos os encargos do parentesco, destacando o dever de prestar alimentos aos filhos, matéria primordial desse estudo.

A multiparentalidade traz por consequência os efeitos da filiação, estendendo o vínculo aos demais graus e linhas de parentesco, fazendo valer todas as disposições expressas em lei quanto ao direito de família.

Se a multiparentalidade for reconhecida, no registro de nascimento passará a constar os nomes e prenomes de todos os pais, bem como de todos os avós paternos e maternos, independente da origem do vínculo, isto é, constará o nome dos pais biológicos, o nome do pai ou da mãe socioafetivo, bem como constarão como avós todos os ascendentes destes. Além disto, o filho poderá utilizar o nome de todos dos genitores, destacando que o nome está regulamentado pelo Artigo 54, incisos 7º e 8º, da Lei nº 6.015/73, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos¹⁸.

Importante frisar que a ausência de lei específica quanto à multiparentalidade não é fator impeditivo para que haja a possibilidade de registro com o nome de mais de dois genitores, salientando que o nome é um direito da personalidade de todos os cidadãos.

Mister concluir que o instituto da multiparentalidade fortalece o melhor interesse da criança e do adolescente, em razão do desfrute dos direitos e deveres inerentes do poder familiar, o que consolida o princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da busca da felicidade e da proteção integral à criança e ao adolescente.

¹⁷ BRASIL. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *AC nº 1.0024.13.321589-7/001*. Relator: Des. (a) Áurea Brasil. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJESpelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.13.321589-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 25 out. 2020.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.



3. EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS NOS CASOS DE MULTIPARENTALIDADE

Os alimentos são prestações periódicas que buscam atender as necessidades básicas de quem não possui meios de provê-los por conta própria, viabilizando a um parente o indispensável à sua subsistência. Compreendem não apenas o imprescindível para a manutenção da vida, como também, tudo que for essencial para saúde, educação, moradia e vestimenta.

O dever de prestar alimentos regula o princípio da solidariedade, consagrado no art. 229 da Carta Magna, “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”¹⁹

Já a lição do art. 1.696 do CC/02, dando ênfase ao exposto acima, assim diz, “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”²⁰

O referido artigo expõe o princípio da reciprocidade, sem distinguir a espécie de parentesco, sendo a afinidade um tipo de parentesco. Por isto, todos devem participar de forma ativa na vida dos filhos, contribuindo igualmente no sustento e educação.

Assim, reconhecida a multiparentalidade, esta gerará direitos e deveres para todos os envolvidos, e os filhos poderão exigir alimentos de toda a família socioafetiva, e vice-versa. Os genitores, tanto biológicos como afetivos, são credores e devedores de alimentos em relação aos filhos ao mesmo tempo.

Corroborando com a fundamentação, o Conselho da Justiça Federal reconheceu a tese de obrigação alimentar resultante do vínculo de parentesco socioafetivo por intermédio do Enunciado 341²¹, o qual externa que: “para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.”

Conforme observado anteriormente, ao reconhecer a paternidade socioafetiva, é necessário que se assegure à criança todos os direitos que a permitam desenvolver-se de forma plena, principalmente quanto ao direito fundamental à prestação de alimentos. O Enunciado de nº 6 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), de 22 de

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 6.

²¹BRASIL, Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 341*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/383>> Acesso em: 01 set. 2020.



novembro de 2013, ratifica: “Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental”²²

Neste sentido, já existem decisões a favor da obrigação de alimentar advindo do parentesco socioafetivo, a exemplo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS. PEDIDO DE EXONERAÇÃO. TRAMITAÇÃO PARALELA DE AÇÃO PARA DESCONSTITUIÇÃO DE VÍNCULO DE PARENTALIDADE. 1. Em que pese o resultado do exame de DNA confirmando a alegação de que não é o pai biológico da alimentanda, na atualidade a relação de parentalidade se funda também na relação socioafetiva, cuja eventual configuração está sendo averiguada em ação própria. 2. Enquanto persistir, no plano jurídico, o vínculo de parentesco entre o agravante e a agravada impossível exonerá-lo da obrigação alimentar sob o fundamento de que não é o pai da menina. NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.²³

Do mesmo modo:

DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. PEDIDO FEITO PELA ENTEADA. ART. 1.595 DO CÓDIGO CIVIL. EXISTÊNCIA DE PARENTESCO. LEGITIMIDADE PASSIVA. O Código Civil atual considera que as pessoas ligadas por vínculo de afinidade são parentes entre si, o que se evidencia pelo uso da expressão „parentesco por afinidade“, no § 1º de seu art. 1.595. O art. 1.694, que trata da obrigação alimentar em virtude do parentesco, não distingue entre parentes consanguíneos e afins.²⁴

A jurisprudência já decidiu no sentido de que a ausência de vínculo biológico não é suficiente para afastar a obrigação alimentar:

ALIMENTOS. DESERÇÃO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Cuidando-se de ação de alimentos, onde se discute a capacidade econômica do alimentante, o qual alegou insuficiência de recursos e pediu a gratuidade, a ausência de preparo não induz à deserção, sendo razoável conceder a dispensa do preparo. 2. Estando provado o vínculo jurídico de filiação, a alegação de inexistência do liame biológico é irrelevante e vazia, pois não paira dúvida alguma sobre o vínculo socioafetivo, decorrente da posse do estado de filho, nem que o alimentante era o provedor do núcleo familiar. 3. Os alimentos se destinam ao atendimento das necessidades dos filhos, que são presumidas, dentro da capacidade econômica do alimentante. Recurso desprovido.²⁵

²²BRASIL. Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Enunciado n° 06*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>> Acesso em: 01 set. 2020.

²³BRASIL. 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n° 70021582382*. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/12/2007.

²⁴BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível n° 1.0024.04.533394-5/001*. Relator: Des.(a) Moreira Diniz. Disponível em: < https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa_NumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.04.533394-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 25 nov. 2020.

²⁵BRASIL. 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n° 70007798739*. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 18/02/2004.



Corroborando com a fundamentação, no julgamento com repercussão geral do Recurso Extraordinário 898.060/SC, o Supremo Tribunal Federal²⁶ entendeu que a paternidade socioafetiva não exime as responsabilidades do pai biológico. Para o STF, o princípio da paternidade responsável impõe que tanto vínculo afetivo quanto aquele originado pela ascendência biológica devem ser acolhidos pela legislação, acarretando em paternidades simultaneamente reconhecidas, sem que haja hierarquia entre elas.

Nos casos de multiparentalidade o indivíduo cumula pelo menos três vínculos parentais, e assim, mais de uma pessoa é obrigada a prestar alimentos, sendo certo que todas devem concorrer na proporção dos seus respectivos recursos, atendendo o binômio necessidade-possibilidade, em respeito ao §1º do artigo 1.694 do Código Civil.²⁷

Neste sentido, o art. 1.698 do CC²⁸ determina que, sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos.

Destaca-se que não há solidariedade entre os genitores, observado o artigo 265 do Código Civil²⁹, que exige para a existência de solidariedade a previsão legal ou vontade das partes, assim como ocorre com os avós. Neste caso a responsabilidade é complementar.

Apesar de não haver a solidariedade em si, caso o alimentando ingresse com ação em face de apenas um obrigado, este poderá convocar ao processo os demais alimentantes, uma vez que não cobrar obrigações a quem detém o poder parental fomenta a irresponsabilidade.

Importante destacar que a responsabilidade é recíproca entre pais e filhos, isto é, da mesma forma que os pais têm o dever de amparar seus filhos para uma vida com desenvolvimento pleno, estes deverão amparar seus genitores na velhice, em conformidade com a Constituição Federal.

Além disto, não havendo parentes no primeiro grau na linha reta, tanto na filiação biológica como na filiação afetiva, ou existindo parentes, mas que não possuam condições de arcar com a despesa alimentar será dever dos parentes de segundo grau arcar com os alimentos, de forma excepcional e subsidiária.

Como o menor poderá requerer alimentos de qualquer um dos pais, observa-se que a tripla filiação traz vantagens, visto que haverá mais condições de contribuir para o adequado desenvolvimento da criança ou adolescente. Ademais, haverá mais um vínculo que o trará afeto, carinho, atenção e amor.

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 898.060*. Santa Catarina. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 01 set. 2020.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

A efetividade do provimento alimentar nos casos de multiparentalidade ainda é um desafio no Direito Civil brasileiro, sendo pauta de várias decisões jurisprudenciais devido a falta de legislação específica quanto ao tema, o que oferta às pessoas envolvidas em relações socioafetivas certa insegurança jurídica.

Marco importante é a previsão normativa da paternidade socioafetiva por meio do Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça³⁰, que trata do reconhecimento voluntário e da averbação da paternidade socioafetiva no registro de nascimento.

Constata-se que é necessário analisar profundamente e com cautela cada caso que envolve a multiparentalidade, em especial por envolver crianças e adolescentes, observando atentamente os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da afetividade, da proporcionalidade, da proteção integral dos vulneráveis, da busca da felicidade e da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, que as relações familiares se modificaram ao longo do tempo e que o direito precisa se adequar as novas realidades sociais, de forma a melhor se aplicar as situações e tutelar com efetividade os indivíduos envolvidos.

O poder familiar sofreu mudanças históricas significativas, que trouxeram ao Direito de Família novos dilemas a serem solucionados, já que as famílias de fato não assumem mais o estereótipo da família tradicional. As novas estruturas familiares tem como essência a afetividade, que originou a família socioafetiva.

Atualmente, reconhecer mais de um vínculo parental, baseados em afeto e no aspecto biológico, a chamada multiparentalidade, é apenas reconhecer o que de fato acontece nas relações familiares, evitando assim a condenação à invisibilidade. Ademais, destaca-se que não há hierarquia entre esses vínculos, visto que o instituto da multiparentalidade gera muitos benefícios aos envolvidos, como o respeito à dignidade da pessoa humana, ao afeto, a identidade dos indivíduos, a construção da personalidade, dentre outros.

Ainda não existem normas brasileiras que regulamentem expressamente a multiparentalidade, entretanto, o que se faz é analisar dispositivos já existentes na legislação civil a fim de aplica-las aos casos concretos, já que a lei não veda tal situação.

³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acesso em: 20 nov. 2020.



A jurisprudência vem se posicionando pelo reconhecimento dos múltiplos vínculos parentais, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, se pronunciou a respeito, defendendo o reconhecimento simultâneo de paternidades e declarando que a paternidade socioafetiva não exime as responsabilidades do pai biológico.

Com o reconhecimento da multiparentalidade, importante é o estudo de seus reflexos diante dos direitos e deveres oriundos da filiação, isso porque diante de qualquer vínculo parental, seja socioafetivo ou biológico, decorrem todas as obrigações inerentes à autoridade parental.

Esse estudo tem como essência a análise da efetiva prestação dos alimentos nos casos de reconhecimento de multiparentalidade.

Os alimentos consistem na garantia de manutenção e sustento, de pessoas ligadas por meio de vínculo de parentesco, que não podem gerir suas necessidades por si só. Não abrange apenas os alimentos propriamente ditos, mas também qualquer necessidade básica para viver em sociedade, como vestuário, habitação, educação, saúde, etc.

Nos casos de vários vínculos parentais, mais de uma pessoa é obrigada a prestar alimentos, concorrendo todos na proporção de seus respectivos recursos e atendendo as necessidades do alimentando. Salienta-se que caso o alimentando ingresse com ação em face de apenas um obrigado, este poderá convocar ao processo os demais alimentantes. A não cobrança da obrigação a todos os coobrigados fomenta a irresponsabilidade.

Apesar de basear-se na solidariedade, a obrigação alimentar nos casos de multiparentalidade não é solidária, e sim complementar, visto que não atende os requisitos constantes no artigo 265 do Código Civil e a prestação de alimentos tem natureza divisível.

Do estudo observa-se que é possível a aplicação da multiparentalidade no direito aos alimentos mesmo sem previsão legal, utilizando-se de previsões já estabelecidas na legislação brasileira, sempre observando o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, do melhor interesse e da dignidade da pessoa humana, e atentando ao binômio necessidade-possibilidade.

Conclui-se, por fim, que o reconhecimento da multiparentalidade traz ainda mais efetividade ao direito à percepção de alimentos, visto que a existência de coobrigados corrobora para mais segurança jurídica e pela diminuição do risco de inadimplência total da obrigação alimentar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 341*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/383>> Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 256*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>> Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento n° 63*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. *Lei n° 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. *Lei n° 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. *Lei n° 5.478*, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Enunciado n° 09*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>> Acesso em: 16 mai. 2020.

_____. Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Enunciado n° 06*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>> Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 898.060*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível n° 1.0024.04.533394-5/001*. Relator: Des.(a) Moreira Diniz. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.04.533394-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 25 nov. 2020.



. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0433.13.027592-1/001*. Relator: Des. Wander Marotta. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7561/9/TJMG%20Apela%C3%A7%C3%A3o%2010433130275921001.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. *Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir*. Disponível em: <[https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-136/o-instituto-do-poder-familiar-uma-breveanalise/mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf](https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-136/o-instituto-do-poder-familiar-uma-breveanalise/mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf)> Acesso em: 25 out. 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRIGATO, Elisa. *Poder Familiar - Conceito, característica, conteúdo, causas de extinção e suspensão*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/PoderFamiliar-Conceito-caracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

GASPARY, Livia de Souza. *A parentalidade socioafetiva sob a perspectiva do princípio da afetividade e suas consequências jurídicas: Coexistência da parentalidade socioafetiva e biológica e a repercussão sucessória*. 2018. 18f. Artigo científico (Pós-Graduação Lato Sensu) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

LIMA, Juliana Xavier. *Multiparentalidade: A possibilidade da múltipla filiação registral e seus reflexos jurídicos*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/multiparentalidade-a-possibilidade-da-multipla-filiacao-registral-e-seus-reflexos-juridicos/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

NOGUEIRA, Gabriela Ortiga Pedrosa de Lima. *Multiparentalidade: possibilidade de cumulação da paternidade socioafetiva e da paternidade biológica no registro civil*. 2017. 54 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2017.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. *O instituto do poder familiar: uma breve análise*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-136/o-instituto-do-poder-familiar-umabreve-analise/>> Acesso em: 28 set. 2020.

RIBEIRO, Michelle Alves. *Famílias socioafetivas: obrigação alimentar decorrente do vínculo socioafetivo*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34362/familias-socioafetivas-obrigacao-alimentar-decorrente-do-vinculo-socioafetivo>> Acesso em: 28 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DA IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DO ENFRAQUECIMENTO DOS DEMAIS PODERES EM RELAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE

Ana Clara Pascoto da Silveira

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Rio de Janeiro

Resumo – o advento da Constituição da República de 1988 incorporou no Brasil o chamado neoconstitucionalismo também chamado de constitucionalismo contemporâneo. Nesse, busca-se a plena efetivação dos direitos fundamentais que estão previstos na Carta Magna, dentre os quais o direito à saúde. A concretização do direito à saúde depende de instâncias políticas, precipuamente do Poder Executivo, para instituírem políticas públicas, porém essas vêm sendo cada vez mais negligenciadas. Nesse diapasão, o Poder Judiciário assumiu uma posição proativa em busca da efetividade dos direitos fundamentais e passou a atuar quando os demais Poderes são omissos, a lutar pelo direito das minorias e, até mesmo, invalidar os atos dos demais poderes que estão de encontro ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Direito fundamental à saúde.

Sumário – Introdução. 1. A Separação de Poderes. 2. O Poder Contramajoritário e Representativo do Poder Judiciário. 3. Da necessidade de garantia do direito à saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o ativismo judicial no âmbito do direito à saúde como consequência do enfraquecimento dos Poderes Legislativo e Executivo. Busca-se demonstrar que a negligência desses poderes, principalmente em relação ao direito à saúde, obriga ao Judiciário a atuar, de forma preventiva e até mesmo de ofício, com o fim de resguardar a proteção ao direito fundamental à saúde, ainda que de encontro ao princípio da separação dos poderes.

O princípio da separação dos poderes está expressamente previsto na Constituição Federal, bem como, as funções típicas de cada um dos poderes. Da mesma forma, traz o direito à saúde como direito fundamental e umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana. Em que pese o Poder Judiciário possua a função típica de julgar, sempre de forma



repressiva, as demandas da sociedade, muitas vezes invade as atribuições dos demais poderes, principalmente no que tange ao direito à saúde.

Essa situação, no entanto, traz uma série de polêmicas e favorece as seguintes reflexões: é legítima essa atuação ativista do Poder Judiciário para proteger o direito fundamental à saúde? Em caso positivo, é possível ter um controle sobre tal ativismo?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e ganha ainda mais força com o enfraquecimento e a atuação negligente dos demais poderes.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os conceitos de “ativismo judicial” bem como “judicialização da saúde” e entender que esses fenômenos foram se aperfeiçoando a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e do neoconstitucionalismo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as funções típicas de cada um dos Poderes bem como as motivações que ensejam o desequilíbrio entre eles.

O segundo capítulo discute a possibilidade do Poder Judiciário atuar de forma ativista e proativa a fim de garantir a proteção ao direito à saúde bem como os limites para tanto. Além disso, discute sua atuação como Poder Contramajoritário e Representativo.

Por fim, o terceiro capítulo demonstra a necessidade de proteção ao direito à saúde a qualquer custo. Enquanto os demais poderes não exercerem suas funções típicas e garantirem o resguardo ao direito à saúde, o Poder Judiciário encontra amparo social e moral para exercer o papel ativista. Para se chegar à tal conclusão, foi necessário refletir e contrabalancear o equilíbrio entre os Poderes e a proteção ao direito à saúde, de modo a prevalecer este em detrimento daquele, preservando o preceito da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, uma vez que a pesquisadora parte da análise prática dos fatos para alcançar o conceito.

Para esse fim, a abordagem desta pesquisa jurídica será necessariamente explicativa e qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e corroborada no direito comparado para sustentar a sua tese.

1. A SEPARAÇÃO DE PODERES CONTEMPORÂNEA E O FORTALECIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

O princípio da separação de poderes está previsto no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil¹ e determina que as funções de legislar, de administrar (executar) e de julgar serão concretizadas por órgãos independentes e limitadores entre si. Assim sendo, dividindo as funções do Estado em instâncias distintas, é possível manter um equilíbrio entre elas na medida em que uma controla e limita a outra, impedindo o abuso de poder por uma delas. Essa ideia surgiu com o constitucionalismo e com a implementação do Estado de Direito², dando fim ao modelo absolutista europeu.

O constitucionalismo é um movimento originado no século XVII, na Inglaterra, e no século XVIII, nos Estados Unidos da América e na França, com o objetivo primordial de limitar o poder – trazendo uma nova organização do Estado – bem como estabelecer direitos e garantias fundamentais. O constitucionalismo trouxe a chamada lógica moderna das constituições em que se buscou acabar com o poder absoluto – limitando o poder das monarquias – e estabeleceu direitos e garantias fundamentais, evidenciando a igualdade entre os sujeitos³. A Teoria da Separação dos Poderes ganhou maior destaque primeiramente com o constitucionalismo norte-americano e francês, no século XVIII, fruto das revoluções burguesas – Iluminismo, Cientificismo, Racionalismo e Revolução Francesa⁴.

O constitucionalismo norte-americano e francês trouxe a Teoria da Separação dos Poderes como uma de suas principais características – teoria essa engendrada por Montesquieu –, estipulando que cada um dos Poderes iria limitar o outro para que não houvesse abusos.

A separação dos Poderes é uma das formas pelas quais se identifica um Estado como democrático de Direito. Assim sendo, o Estado Democrático de Direito é aquele dividido em

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2020.

²SCARIOT, Nádia Awad. *Estado democrático de direito: o nascimento do constitucionalismo moderno e a questão ambiental*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/estado-democratico-de-direito-o-nascimento-do-constitucionalismo-moderno-e-a-questao-ambiental/>>. Acesso em: 26 set. 2020.

³MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O constitucionalismo moderno – Ideologia, constituição e cinema: dominação e encobrimento no final da modernidade*. Disponível: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/15670/o-constitucionalismo-moderno-ideologia-constituicao-e-cinema-dominacao-e-encobrimento-no-final-da-modernidade>>. Acesso em: 26 set. 2020.

⁴Ibid.



três funções do Estado⁵: a executiva (ou administrativa), a legiferante e a julgadora. Cada uma dessas funções foi atribuída a um Poder diferente, independente e autônomo, quais sejam, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Em regra, tais Poderes exercem suas respectivas funções sem invadir a atribuição dos outros, o que gera um equilíbrio entre eles e conseqüentemente a estabilidade que necessita o Estado de Direito⁶.

É cediço que o Poder Legislativo exerce a função típica de fiscalizar e legislar, ou seja, exerce a atividade de produção do Direito que é a elaboração das normas jurídicas que regem a vida em sociedade. Indubitavelmente, essas leis devem encontrar o seu fundamento de validade na Constituição sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

Por outro lado, a função exercida pelo Poder Legislativo de forma atípica é a função administrativa quando administra a sua própria Casa; o artigo 51, inciso IV e o artigo 52 XIII, todos da CRFB/88⁷, falam que cabe ao Legislativo organizar a sua polícia, os serviços auxiliares do legislativo e legislar sobre a remuneração dos parlamentares. Além disso, atipicamente exercem a função julgadora quando o Senado julga o Presidente da República por crime de responsabilidade⁸.

O Poder Judiciário exerce tipicamente a função jurisdicional, visando encontrar a solução de litígios ou conflitos buscando a pacificação coletiva, por meio de uma ação judicial com contraditório e ampla defesa garantidos, alcançando a coisa julgada. Atipicamente exerce a função de legislar o seu regimento interno, atribuição essa prevista no artigo 96 da CRFB/88⁹. Ademais, exerce também função administrativa, visto que é o Judiciário quem administra seus tribunais e secretarias¹⁰.

Por fim, o Poder Executivo exerce função típica de administrar os entes federativos em tudo aquilo que não é definido como competência exclusiva dos outros poderes. Na sua atribuição de governo, por sua vez, é responsável por implementar ações e políticas públicas. De forma atípica, exerce função legislativa quando o Presidente da República edita Medidas Provisórias com força de lei, bem como, exerce função jurisdicional quando julga questões internas que estão amparadas por lei, como sindicâncias, processos e recursos administrativos¹¹.

⁵SANTOS, Adairson Alves. *O Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito/>>. Acesso em: 26 set. 2020.

⁶Ibid.

⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1.139-1.140.

⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁰Ibid., p. 1.393-1.394.

¹¹Ibid., p. 1.315-1.316.



De certo, isso não se confunde com o *check in balance* do controle de constitucionalidade. Certamente, os poderes são independentes, mas trata-se de uma independência relativa, não absoluta.

Logo após, na segunda metade do Século XX – pós segunda guerra mundial – surge o Neoconstitucionalismo também chamado de Constitucionalismo Contemporâneo¹². Esse movimento tem por objetivo desenvolver um novo modelo de compreender, interpretar e aplicar o direito constitucional e as Constituições. Dentre as características do neoconstitucionalismo, destacam-se a Constituição como centro do ordenamento jurídico, com o movimento de constitucionalização do Direito, com a invasão da Constituição em todos os lugares ao mesmo tempo – se irradia para todos os sistemas jurídicos –, a ideia da interpretação conforme a Constituição, bem como da filtragem constitucional.

Igualmente surge a força normativa da Constituição, trazendo a ideia da máxima efetividade das normas constitucionais. De maneira idêntica, a busca pela concretização dos direitos fundamentais também tem como base a observância da dignidade da pessoa humana. E, ainda, a Judicialização da política e das relações sociais¹³.

A Judicialização da política e das relações sociais tem por finalidade obrigar ao cumprimento dos direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo, além de prever tais direitos, buscava uma forma de concretizá-los. O objetivo final, portanto, era a concretização dos direitos fundamentais pautados sempre na dignidade da pessoa humana¹⁴. Todavia, isso se mostrava cada vez mais difícil tendo em vista que o Poder Executivo, responsável por executar as políticas públicas, se revelava omissivo, inoperante e, por vezes, até corrupto. Da mesma forma, o Poder Legislativo mostrava-se omissivo, negligente, corrupto e inefetivo, não agindo em conformidade os anseios do povo que o elegeu.

A partir dessa dificuldade, surgiu a ideia da Judicialização da Política e das Relações Sociais. Assim sendo, há um movimento natural de deslocamento do Poder do Legislativo e Executivo para o Judiciário, que passa a ser protagonista de atos que por lei não lhes competia, frente à necessidade de concretizar direitos fundamentais omitidos pelos demais poderes.

Por conseguinte, o Ativismo Judicial ganhou força e confiança da população que se viu cansada de se decepcionar com as omissões dos outros poderes. O ativismo judicial é um fenômeno jurídico em que o Poder Judiciário interfere até mesmo na implementação de

¹²GOMES, Luiz Flávio. *Constitucionalismo e neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121921799/constitucionalismo-e-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 26 set. 2020.

¹³GUASTINI apud *ibid.*, p. 61-62.

¹⁴*Ibid.*



Políticas Públicas, afastando a reserva do possível, a limitação orçamentária e a discricionariedade do Poder Público.

É possível concluir que o neoconstitucionalismo e a sua busca pela concretização dos direitos fundamentais trouxe uma leitura diferente do Princípio da Separação dos Poderes, uma relativização de modo que o Judiciário se tornou o protagonista e o garantidor dos direitos fundamentais.

2. O PODER CONTRA-MAJORITÁRIO E REPRESENTATIVO DO PODER JUDICIÁRIO

A materialização do direito fundamental à saúde é dever do Estado, em todas as suas esferas. Como se viu no capítulo anterior, é papel do Poder Legislativo regulamentar esse direito; o Poder Executivo deve cumprir suas determinações legais e constitucionais; e o Poder Judiciário deve, quando provocado, sopesar os direitos que estão em confronto¹⁵.

Contudo, a partir da Constituição da República de 1988¹⁶, o Poder Judiciário passou a atuar de forma diferente daquela expressa, quando passou a interferir no Poder Executivo, diante das suas omissões em realizar políticas públicas, bem como quando passou a legislar negativamente.

A ascensão do Poder Judiciário no Brasil decorre das várias garantias dadas pela Constituição da República de 1988 aos magistrados, bem como da retomada do regime democrático. Com efeito, juízes e tribunais não mais eram vistos apenas como órgãos técnicos, efetivando sua participação política em inúmeras questões econômicas e sociais, as quais deram ao Poder Judiciário o papel de última instância.

Diante do avanço expressivo do ativismo judicial, o Poder Judiciário assumiu o papel contra-majoritário, em que passou a agir como legislador negativo. Ademais, assumiu também o papel representativo dos anseios das minorias. Ambos os papéis são alvos de críticas¹⁷ no sentido de que o Judiciário estaria desequilibrando o sistema de *check and balance*, adotado na Constituição de 1988.

O ativismo contra-majoritário é aquele em que o magistrado atua como legislador negativo, ou seja, decide de encontro à legislação que foi editada pelos representantes do povo eleitos democraticamente. Diz-se que o magistrado está atuando em papel contra-majoritário

¹⁵OLIVEIRA, Heletícia Leão de. *Direito Fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público*. Curitiba: Juará, 2015, p. 73.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷DIAS, Giovana; SOARES, Guilherme Augusto de Vargas. *Freios, contrapesos e os limites da atividade jurisdicional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-16/diario-classe-freios-contrapesos-limites-atividade-jurisdicional>>. Acesso em: 25 set. 2020.

quando há uma relutância por parte dele em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos. Isso porque a função legislante é função típica do Poder Legislativo; seus integrantes são investidos de mandatos representativos – representam o povo - e legitimidade democrática – foram eleitos por meio do voto.

Ainda que isso pareça incongruente em certa medida, segundo Luís Roberto Barroso¹⁸:

[...] a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos [...].

A crítica é no sentido de que ao exercerem o seu poder de forma contra-majoritária, os membros do Judiciário usurpam a sua função típica constitucional na medida em que negam em demasia a legislação e decidem de acordo com a sua íntima convicção. Indubitavelmente, o jurista tem a prerrogativa de, ao julgar determinado caso concreto, preencher as lacunas deixadas pelas omissões legislativas.

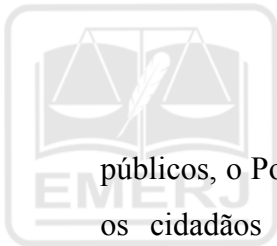
A censura ocorre quando os mesmos atuam também como legisladores positivos, de modo que proferem sentenças manipulativas ou aditivas e sem motivação razoável. Ademais, questiona-se o poder dado aos magistrados que são eleitos por critérios técnicos e não são formados a partir da vontade popular, como ocorre com os membros do Poder Legislativo e do Executivo. Assim sendo, não poderiam aqueles invalidar os atos destes.

Por outro lado, os defensores¹⁹ dessa forma de atuação, entendem-na como forma de assegurar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Alegam, em primeiro plano, que estão na defesa e proteção dos direitos fundamentais: direitos inerentes à toda pessoa humana e que correspondem à uma defesa de todo e qualquer indivíduo contra as ingerências do Estado no que se refere à liberdade pessoal e ao direito de propriedade. Em segundo lugar, enfatizam que o Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, possui o papel de guardião da Constituição e, conseqüentemente, protegem a maioria opositora.

Reflete-se, portanto, na atitude judicial de exigir do Estado o cumprimento de seus deveres positivos. Tanto o dever de legislar, voltado principalmente à tutela dos direitos fundamentais, quanto o dever de executar as políticas públicas e prestação de serviços

¹⁸BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 156.

¹⁹Ibid., p. 157.



públicos, o Poder Judiciário busca avançar dando maior prioridade ao mínimo existencial que os cidadãos têm direito sobre os interesses secundários do Estado, assegurando melhores condições de liberdade e igualdade social.

O papel contra-majoritário é exercido, usualmente, pelas cortes superiores e deve sempre observar a atuação mais razoável possível. Somente quando estiver sendo violado ou sob ameaça de violação de um dos direitos fundamentais é que o jurista poderá atuar como legislador negativo. Nos demais casos, deve o Judiciário se ater às leis produzidas pelo Congresso Nacional ou suas respectivas Casas Legislativas e atuar com deferência aos demais Poderes da República.

O papel representativo também é recorrentemente exercido pelo Poder Judiciário na defesa das minorias que não foram abarcadas pelo texto da Constituição de 1988. Até porque, ultrapassado é o entendimento no sentido de que a democracia se limita pelo voto universal. Hodiernamente, a democracia ganhou um *status* amplo: dependente de debate público e do respeito às minorias. E, principalmente, no que tange às minorias o Judiciário exerce o seu papel representativo²⁰. Ora, sabe-se que seria humanamente impossível o legislador prever todos os casos e englobar todas as classes de pessoas na legislação. Ademais, importante mencionar que a legislação não consegue acompanhar a velocidade da transformação social.

Diante disso, não se pode olvidar das pessoas que são minorias e que, de fato, não foram alcançadas pela legislação. Elas, como seres humanos, são sujeitos de direitos e merecedoras de toda proteção dos direitos fundamentais que carregam. Assim sendo, se pela democracia representativa – aquela que tem como elemento essencial o voto popular – não é possível alcançar todas as pessoas de uma sociedade, urge a necessidade da atuação dos membros do Judiciário.

Diversas são as razões pelas quais o Legislativo não consegue atuar e nem acompanhar a evolução da sociedade moderna. Seja pela crise dos parlamentos, seja pela dificuldade da representação política, fato é que existe uma crise de representatividade e um déficit democrático da representação política²¹:

[...] o Estado tem o dever de legislar de modo suficiente para proteger e promover a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Contudo, caso os poderes políticos não cumpram essa ação positiva na medida adequada, o Supremo sente-se autorizado a intervir ou até a tomar o lugar do Legislativo nessa tarefa e, por conta própria,

²⁰DIAS, Giovanna; MORBACH, Gilberto. *Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/diario-classe-numa-democracia-judiciario-assumir-papel-representativo>>. Acesso em: 25 set. 2020.

²¹CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 328.

dimensionar a proteção objetiva desses direitos fundamentais como julgar suficiente e eficaz [...].

Dessa forma, o Judiciário, por meio da democracia deliberativa – aquela em que há discussão de ideias, demonstração de motivação, de razões, por meio de um debate público – assume um papel protetor das minorais e passa a representá-las por meio de suas decisões.

São variados os motivos pelos quais cabe ao Judiciário representar as minorias. Importante salientar acerca da formação técnica. Em regra, o membro do Poder Judiciário ingressa na magistratura por meio de concurso público, o que exige alto grau de qualificação. Ademais, aos membros devem sempre motivar suas decisões, o que impede, em tese, escolhas arbitrárias.

Importante é a busca por um equilíbrio a fim de se respeitar o artigo 2º da Constituição de 1988²² – princípio da separação dos poderes – bem como o equilíbrio entre o poder contra – majoritário e o poder representativo na busca da efetivação das políticas públicas, principalmente em relação à saúde.

3. DA NECESSIDADE DE GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

A saúde é um direito fundamental de segunda dimensão que se enquadra na espécie de direitos sociais, vide artigo 6º da Constituição da República²³. Esses, disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto²⁴. Além disso, são direitos que demandam uma atuação positiva do Estado para com os cidadãos, seja direta ou indiretamente. Assim, direitos sociais são normas positivadas na Constituição que tem por objetivo a melhoria de vida de toda a população, seja de qualquer classe social, por meio de políticas públicas.

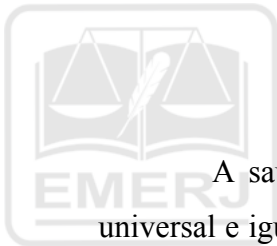
O direito à saúde, como direito fundamental, está intrinsecamente ligado ao direito à vida e ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, sendo esse o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico. Tendo em vista essa premissa, não pode o Estado abster-se no cumprimento de seu dever de prover o direito à saúde de forma eficiente pra todos os cidadãos, o que demanda a criação de políticas públicas para sua devida concretização. Tais projetos são de competência comum de todos os entes federativos no âmbito do Poder Executivo, conforme dispõe o artigo 23 da CRFB/88²⁵.

²²BRASIL, op. cit., nota 1.

²³Ibid.

²⁴SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 288.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 1.



A saúde é, portanto, um direito de todos e dever do Estado, mediante um acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua recuperação, concretização e proteção. Ou seja, é um direito público subjetivo exigível do Estado²⁶.

A concretização do direito à saúde impende ao Estado de uma forma geral. O Poder Legislativo tem o dever de legislar sobre a saúde de forma oportuna. O Poder Judiciário, quando provocado, pode sopesar os bens jurídicos e valores que estão em jogo e, considerando o caráter pessoal e social do direito à saúde, envolver-se e decidir sobre caso concreto. Por fim, o Poder Executivo tem o dever de administrar as funções legais e constitucionais que lhe foram atribuídas²⁷.

Ocorre que, para além do neoconstitucionalismo que trouxe uma atuação mais ativa do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Executivo mostra-se inerte na execução de suas atribuições, não garantindo o referido direito fundamental à toda população. Não só, observa-se que o Poder Legislativo não consegue legiferar de modo a acompanhar a evolução histórica e socioeconômica do país bem como não consegue criar leis que possam ser efetivamente concretizadas. E, ainda, diante dos vários problemas vivenciados pelo Executivo e Legislativo, com parte de seus membros possivelmente intrometidos em práticas de corrupção, quebra de decoro e improbidade, fazem com que esses Poderes percam força em escala ainda maior.

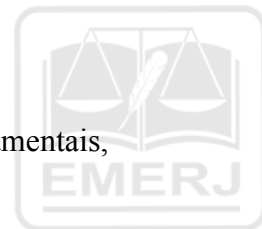
Indubitavelmente, a luta pelos direitos fundamentais e o acesso à Justiça se conduzem, de forma crescente, em direção ao Judiciário. Reivindicações que antes eram exclusivamente feitas aos poderes Legislativo e Executivos passaram a ser apresentadas, *prima facie*, ao Judiciário, na expectativa de que este solucione as omissões dos demais poderes.

Destaca-se, no campo da judicialização da política, a crescente responsabilidade do Judiciário, principalmente em relação ao direito à saúde, em decidir sobre políticas públicas. Estas que deveriam ser administradas e executadas pelo Executivo e criadas pelo Legislativo, ganharam novos rumos com a redemocratização do país pós Constituição da República 1988. O Judiciário passou, então, principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal, a atuar em prol daqueles que não têm o seu direito fundamental à saúde garantido pelo Estado.

Indaga-se se a atuação do Judiciário não fere, direta ou indiretamente, o princípio da separação dos poderes. Os Tribunais superiores já se pronunciaram no sentido da não violação

²⁶FERNANDES, op. cit., p. 352.

²⁷OLIVEIRA, op. cit., p. 21.



à separação dos poderes a atuação do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais, principalmente no que tange ao direito à saúde.

A posição do STJ é no sentido²⁸ de que “seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes”.

É a posição também do STF, quando expressa²⁹ que “é firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde”.

Não obstante, muitos alegam que a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas ataca a questão financeira do país, bem como a teoria da reserva do possível, sendo esta última um limitador ao Poder Judiciário sobre os recursos financeiros disponíveis. Dessa forma³⁰, “a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa são consideradas como limites à efetivação de direitos fundamentais sociais”.

Assim sendo³¹, “discute-se a questão da subjetividade atribuída aos juízes, devido à técnica de decisão jurídica da ponderação. Por isso, é analisada a racionalidade jurídica das decisões judiciais, inclusive sobre o aspecto do decisionismo judicial”. Ademais, verifica-se³² “se o juiz deve se preocupar com os efeitos das suas decisões. No contexto da promoção do direito à saúde, questiona-se se o magistrado deve considerar a posição do Estado, o orçamento e suas políticas públicas”. Outrossim, existem as consequências que a eventual interferência do Poder Judiciário exerce nos domínios econômicos do Brasil.

O decisionismo judicial se traduz na forma com a qual o magistrado deve decidir sobre o caso concreto, ou seja, se deve julgar com base em seus valores sócio-ideológicos ou de acordo com a estrita legalidade e o Direito. No que tange ao direito à saúde, o decisionismo judicial é bastante criticado tendo em vista que grande parte dos magistrados decidem de

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1488639*. Relator: Ministro Herman Benjamin Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865114106/recurso-especial-resp-1488639-se-2014-0269119-0>> . Acesso em: 15 set. 2020.

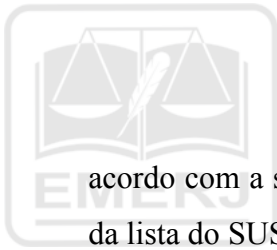
²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 855178*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>> . Acesso em: 15 set. 2020.

³⁰MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas*. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf> . Acesso em: 15 set. 2020.

³⁰OLIVEIRA, op. cit., p. 129.

³¹Ibid.

³²Ibid.



acordo com a sua moral, sobretudo no caso de fornecimento de medicamentos, inclusive fora da lista do SUS, bem como no caso dos tratamentos médicos.

Ainda existe a apreensão íntima do magistrado, se ele deve ou não se preocupar com as consequências da sua decisão. Em relação ao direito à saúde, discute-se se o magistrado deve valorar apenas as consequências do caso concreto para o indivíduo ou se também deve valorar os efeitos que a sua decisão vai gerar ao Estado³³:

[...] com efeito, as decisões judiciais não consideram a reserva do possível como limite a sua atuação na promoção do direito fundamental à saúde. Ela é considerada um interesse secundário do Estado, principalmente, quando se está em jogo a vida e a saúde humanas. Contudo, face aos apelos da doutrina, inclusive dos defensores da análise econômica do direito, há uma mudança. Alguns magistrados passam a considerar os aspectos financeiros em suas decisões, ainda que de maneira muito tímida [...].

Urge esclarecer que mormente quando se trata de direitos fundamentais prestacionais, aqueles que demandam uma postura ativa do Estado através de obrigação de fazer, verifica-se a discussão acerca do princípio da reserva do possível. Este princípio traz à tona o questionamento acerca da limitação financeira do Ente Público. Segundo Ana Paula de Barcellos³⁴:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico de limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo [...].

Tal indagação já foi alvo de decisão do Supremo Tribunal Federal³⁵, que decidiu que a insuficiência real de recursos financeiros “deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social”. Desta forma, percebe-se que o Ente estatal somente pode alegar a tese da reserva do possível se demonstrado sua real insuficiência para com àquele direito social.

³³Ibid.

³⁴BARCELLOS apud BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Direito da criança e do adolescente*: sinopses para concursos. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 116.

³⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 632498*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181632967/agravo-em-recurso-especial-aresp-632498-mg-2014-0327146-2/decisao-monocratica-181632987?ref=serp>>. Acesso em: 15 set. 2020.



Ademais, o STF ainda rechaçou a tese da reserva do possível³⁶ como impedimento para concretização dos direitos fundamentais, quando decidiu que tal tese não pode ser utilizada para frustrar o mínimo existencial que é garantido a todos os cidadãos. “[...] compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas para uma exigência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado”.

Nesse ínterim, por ser o direito à saúde direito fundamental que deve ser resguardado pelo Estado a qualquer custo, não há argumento capaz de justificar redução da essência desse direito, de modo que violaria frontalmente a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a Constituição da República. Portanto, a aplicação do princípio da reserva do possível no âmbito da saúde deve ser de toda forma desconsiderada.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou a existência de um conflito entre o princípio da separação de poderes e o direito fundamental à saúde. Isso porque a saúde, como direito fundamental, é cláusula pétrea e precisa ser concretizada a qualquer custo sob pena de configurar um retrocesso social.

A divergência restringe-se entre a função típica do Poder Executivo em efetuar as políticas públicas, limitado pela reserva do possível, em contrapartida ao ativismo judicial exercido pelo Poder Judiciário que busca o mínimo existencial em nome do preceito fundamental da dignidade da pessoa humana.

De um lado, defende-se que a efetivação de políticas públicas é uma atividade precípua do Poder Executivo e que esse deve se valer da reserva do possível, ou seja, daquilo que tem para dispendir do orçamento para com a saúde. De outro lado, defende-se que o direito à saúde, como direito fundamental, não pode estar à disposição da reserva do possível. Em nome do preceito fundamental da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição da República, passa então a adotar uma postura mais proativa buscando resguardar os direitos fundamentais.

No âmbito da judicialização da política, importância destacar o exponencial aumento da responsabilidade do Poder Judiciário no que tange às políticas públicas, principalmente

³⁶BARROS, op. cit., p. 119-20.



àquelas relacionadas ao direito à saúde. A Constituição da República de 1988 trouxe o neoconstitucionalismo buscando, cada vez mais, a concretização de todos os direitos fundamentais e o principal Poder responsável por resguardá-los é o Poder Judiciário.

Assim sendo, o Poder Judiciário assumiu um papel proativo para concretização do direito fundamental à saúde, exercendo-o, principalmente, por meio dos seus três papéis categóricos. Em primeiro lugar, o papel representativo do Poder Judiciário é exercido para suprir a ausência das instâncias políticas em demandas sociais, como no caso do direito à saúde. O papel Contramajoritário, por sua vez, é executado quando invalidam os atos dos demais Poderes. Por fim, o papel iluminista que é aquele que promove avanços sociais almejados pela minoria, porém que tratam de questões urgentemente civilizatórias. Todos esses papéis são exercidos pelo Judiciário para salvaguardar o direito à saúde e consequentemente o direito à vida.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que não há de ser falar em violação ao princípio da separação dos poderes quando o Poder competente para instituir políticas públicas na saúde não o faz. Cabe, sem nenhuma dúvida, ao Judiciário, principalmente ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, promover os direitos fundamentais e concretizá-los em busca da efetivação do preceito fundamental da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Direito da Criança e do Adolescente*: sinopses para concursos. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. *Constitucionalismo Democrático*: a ideologia vitoriosa do século XX. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1488639*. Relator: Ministro Herman Benjamin Gonçalves. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/86511410_6/recurso-especial-resp-1488639-se-2014-0269119-0>. Acesso em: 15 set. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DIAS, Giovanna; MORBACH, Gilberto. *Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/diario-classe-numa-democracia-judiciario-assumir-papel-representativo>>. Acesso em: 25 set. 2020.

_____; SOARES, Guilherme Augusto de Vargas. *Freios, contrapesos e os limites da atividade jurisdicional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-16/diario-classe-freios-contrapesos-limites-atividade-jurisdicional>>. Acesso em 25 set. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

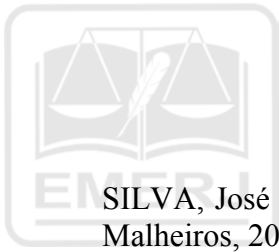
GOMES, Luiz Flávio. *Constitucionalismo e neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121921799/constitucionalismo-e-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 26 set. 2020.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O constitucionalismo moderno – Ideologia, constituição e cinema: dominação e encobrimento no final da modernidade*. Disponível: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/15670/o-constitucionalismo-moderno-ideologia-constituicao-e-cinema-dominacao-e-encobrimento-no-final-da-modernidade>>. Acesso em: 26 set. 2020.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. *Direito Fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público*. Curitiba: Juará, 2015.

SANTOS, Adairson Alves. *O Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito-o/>>. Acesso em: 26 set. 2020.

SCARIOT, Nádía Awad. *Estado democrático de direito: o nascimento do constitucionalismo moderno e a questão ambiental*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/estado-democratico-de-direito-o-nascimento-do-constitucionalismo-moderno-e-a-questao-ambiental/>>. Acesso em: 26 set. 2020.



SILVA, José Carlos Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.



O REGIME JURÍDICO DAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM FACE DAS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

André Felipe Vieira dos Santos

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo – As Estatais Prestadoras de Serviço Público possuem regime jurídico de Direito Privado, porém a doutrina e a jurisprudência equiparam tais Estatais à Fazenda Pública, outorgando-lhes algumas prerrogativas próprias dos Entes dotados de personalidade jurídica de direito público. A essência do presente trabalho é abordar a compatibilidade dessas prerrogativas em face do regime jurídico das Estatais, verificando qual a relevância de cada uma dessas prerrogativas e apontando quais dessas prerrogativas são compatíveis com o regime jurídico das Estatais.

Palavra – Chave – Direito Administrativo. Estatais. Serviço Público. Prerrogativas da Fazenda Pública.

Sumário – Introdução. 1. Do Regime Jurídico das Estatais Prestadoras de Serviço Público. 2. Das Prerrogativas da Fazenda Pública compatíveis com as Estatais. 3. Dos limites da impenhorabilidade dos bens das Estatais Prestadoras de Serviço Público e a aplicação do regime de precatórios. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute o regime jurídico das Estatais prestadoras de serviço público em face das prerrogativas da Fazenda Pública. Em síntese, com o advento da Lei nº 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais, ocorreram mudanças significativas no regime jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista brasileiras, porém tal lei regulamentadora não encerra o debate proposto no presente artigo.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir a compatibilidade das prerrogativas da Fazenda Pública nas Estatais prestadoras de serviço público em regime não concorrencial.

A atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem garantindo às Estatais prestadoras de serviço público algumas prerrogativas próprias da Fazenda Pública e, diante desse contexto, há, aparentemente, um microssistema híbrido, não codificado, formado pela legislação e jurisprudência, em que se submetem as Estatais prestadoras de serviço público em regime de exclusividade.

Dessa forma, um leque de discussão se abre quanto ao alcance legislativo e entendimento jurisprudencial existentes, a fim de se buscar uma melhor compreensão quanto



à aplicabilidade das prerrogativas de Fazenda Pública em conjunto com a nova legislação das Estatais.

O tema proposto é controvertido e tem relevância social, pois as normas flexibilizadoras no regime de contratação das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mistas têm intenção de aumentar a competitividade das Estatais exploradoras de atividade econômica, mas no tocante às Estatais prestadoras de serviço público em regime não concorrencial, detentoras de prerrogativas típicas da Fazenda Pública, podem gerar impacto significativo na gestão do dinheiro público, o que pode interferir no aumento desenfreado dos gastos públicos, especialmente em tempos de crise econômica.

Há necessidade de uma análise profunda a respeito do tema, haja vista que a recente legislação trouxe instrumentos que flexibilizaram a atuação das estatais em seu regime licitatório e de contratação sem, contudo, diferenciar as Estatais prestadoras de serviço das exploradoras de atividade econômica.

No primeiro capítulo, é discutido até que ponto se pode dizer que existe um regime jurídico próprio e específico das Estatais Prestadoras de Serviço Público, como uma entidade *sui generis* dentro da administração pública indireta com o objetivo de delimitar e conceituar o regime jurídico adotado pelas Estatais prestadoras de serviço público essencial em regime de exclusividade.

Por consequência lógica, no segundo capítulo, eleva-se um profundo debate sobre a compatibilidade das prerrogativas da Fazenda Pública com ao regime jurídico das Estatais prestadoras de serviço público com o advento da Lei nº 13.303/2016.

No terceiro capítulo, apuram-se os limites da impenhorabilidade dos bens das Estatais prestadoras de Serviço Público e a aplicação do regime de precatórios dentro da sua estrutura e regime jurídico de direito privado, sendo essa a principal distinção entre as pessoas jurídicas de direito privado e das pessoas jurídicas de direito público.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, com profunda revisão legislativa, bibliográfica e jurisprudencial, uma vez que o pesquisador pretende proporcionar uma nova visão sobre a realidade já existente e analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa, com abordagem necessariamente qualitativa, na qual o pesquisador tem o intuito de se valer da bibliografia pertinente à temática em questão, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. DO REGIME JURÍDICO DAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

O ordenamento jurídico brasileiro contempla no âmbito da administração indireta duas formas de Estatais em sua essência: as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, que diferem umas das outras quanto a constituição de seu capital e forma de societária, pois as Empresas públicas são constituídas de capital inteiramente público e as Sociedades de Economia Mista são compostas de capital público e privado adotando obrigatoriamente a forma de sociedade anônima com controle acionário do ente público, consoante disposto nos artigos 3º e 4º da Lei nº 13.303/2016¹.

Não obstante as diferenciações legais supramencionadas, ambas são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado com criação autorizada por lei com escopo principal para atuar na intervenção estatal em áreas com viés econômico sua criação somente permitida quando houver fundado interesse de segurança nacional ou ainda um relevante interesse coletivo que autorize ao poder público adotar as estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado, conforme preceito constitucional insculpido no artigo 173 da CRFB/88².

Dentro do âmbito das estatais, tem-se que destacar que tais entidades não podem ter privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado por força constitucional, sendo assim, não pode o Ente controlador se prevalecer da sua condição de Estado para favorecer sua estatal com isenções ou imunidades fiscais, devendo tais entidades concorrerem em igual modo com os particulares por vedação constitucional do parágrafo 2º do artigo 173 da CRFB/88³.

Todavia, há de se ressaltar que no âmbito das estatais existem aquelas que são exploradoras de atividade econômica em regime concorrencial e aquelas que prestam serviços públicos em regime não concorrencial ou de monopólio, inclusive sem finalidade de lucro.

As primeiras retratam o Estado atuando tipicamente como o particular disputando mercado, com finalidade de lucrativa, o que impede qualquer benefício tipicamente fazendário, em razão dos princípios constitucionais do livre mercado e livre concorrência, não podendo as Estatais que exploram a atividade econômica em regime de concorrência ter prerrogativas não extensíveis aos particulares.

¹BRASIL. *Lei nº 13.303*, de 30 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

³Ibid.



Já as segundas revelam o Estado atuando como o próprio Estado, porém por intermédio da entidade descentralizada como opção da Administração Pública, podendo nessa segunda hipótese ser excepcionada a regra da vedação de privilégios, pois não há que se falar em paridade com o setor privado, uma vez que não existe concorrência entre a atuação estatal e os particulares.⁴

Porém, a legislação regulamentadora não distinguiu as empresas Estatais exploradoras de atividade econômica em regime concorrencial das empresas Estatais que atuam em regime não concorrencial ou de monopólio, nem mesmo quanto às prestadoras de serviços iminentemente públicos que atuam como verdadeiras autarquias submetendo-as, inclusive, ao regime de precatórios, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 627.242/AL de Relatoria do Ministro Marco Aurélio⁵.

De fato, as Estatais prestadoras de Serviços Públicos em regime de exclusividade se afastam diametralmente das Estatais exploradoras da atividade econômica previstas no texto constitucional, pois tais entidades não atuam como meros agentes privados na exploração de atividade econômica, mas atuam como o próprio Estado sob a forma de pessoa jurídica de direito privado de capital totalmente público, ou até mesmo, de capital misto, o que não modifica sua natureza iminentemente pública.

Sob esse prisma, o regime jurídico previsto na lei das estatais⁶ que regulamentou o texto constitucional englobou no mesmo bojo duas entidades que se distanciam no plano prático, principalmente se for considerada a forma de atuação e, principalmente, a razão de sua criação, já que as Estatais exploradoras de atividade econômica em regime concorrencial disputam o mercado com os particulares e as prestadoras de serviço público com exclusividade não têm qualquer concorrente.

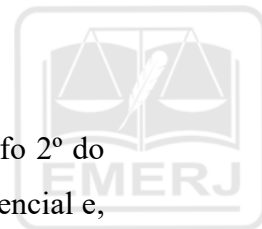
De fato, se observada a origem das Estatais o constituinte autoriza o estado, excepcionalmente, a atuar no mercado privado, mas impõe sérias restrições a fim de proteger a livre iniciativa e fomentar a livre concorrência, vedando que tal intervenção estatal goze de privilégios inexistentes aos demais agentes, sob pena de afrontar a isonomia ou ainda desestimular a concorrência esfriando o mercado⁷.

⁴ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 106.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 627.242*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur368175/false>>. Acesso em: 13 set. 2020.

⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷BRASIL, op. cit., nota 2.



Frise-se que todo esse aparato protecionista do mercado previsto no parágrafo 2º do artigo 173 da CRFB/88⁸ perde o sentido quando o Estado não atua em regime concorrencial e, menos ainda, quando presta serviço público essencial próprio do ente público, porém por interposta entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado.

A atuação do Estado sob vestimenta de uma Estatal é apenas uma opção da Administração Pública que almeja melhores resultados por meio da descentralização, mas isso justifica a extensão de algumas prerrogativas próprias da Fazenda Pública para as Entidades privadas do Estado com natureza jurídica de direito privado, mas que não exercem atividade econômica e prestam serviço público, conforme entendimento manifestado pelo STF no RE nº 220.906⁹.

Contrapondo tal entendimento, é preciso destacar-se que a Administração Pública ao descentralizar a sua forma de atuação por meio de Estatais tem plena consciência que criou uma entidade tipicamente de direito privado e não de direito público; se assim não fosse, teríamos diversas entidades privadas com “o melhor de dois mundos” em flagrante burla aos ditames constitucionais.

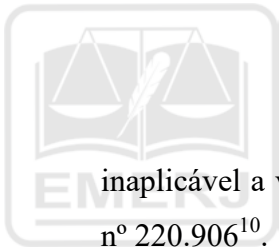
Sendo assim, a princípio, não caberia à Administração Pública optar por prestar um serviço por meio de uma Entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado e simplesmente invocar a aplicação de todas normas próprias de direito público para nortear a atuação da Estatal, pois dessa forma, estar-se-ia modificando sua natureza jurídica de forma transversa.

Então, pode-se afirmar que uma Estatal, quer seja prestadora de serviço público em regime de exclusividade, quer seja exploradora de atividade econômica em regime concorrencial, sempre será uma pessoa jurídica de direito privado, ou seja, com funcionários regidos pela CLT, submetidos ao regime geral previdenciário e demais consequências processuais que a sua natureza jurídica impõe perante suas obrigações.

Partindo da premissa de que as Estatais Prestadoras de Serviços públicos são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, há de se verificar que excepcionalmente poderão ser-lhes conferidas algumas prerrogativas próprias da Fazenda Pública sem que isso afronte a constituição ou modifique a sua natureza de Estatal, pois

⁸Ibid.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 220.906*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99158/false>>. Acesso em: 20 out. 2019.



inaplicável a vedação constitucional nessas hipóteses, como observado no julgamento do RE nº 220.906¹⁰.

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já citada confere algumas prerrogativas às estatais, dada a flagrante compatibilidade entre tais prerrogativas fazendárias e o modo de constituição das Estatais. Porém, tais prerrogativas não modificam o regime jurídico da Estatal como entidade da administração indireta com personalidade de direito privado e, por consequência, dessa natureza, tais Estatais também devem se submeter à lei das estatais.

2. DAS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA COMPATÍVEIS COM AS ESTATAIS

Verifica-se atualmente que a dogmática constitucional que retira das Estatais as prerrogativas de Fazenda Pública está intimamente ligada ao aspecto concorrencial, para se evitar que a Estatal tenha vantagem sobre os demais concorrentes exploradores da mesma atividade econômica, em prestígio aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência que norteiam a economia no nosso país.

Tal vedação, porém, não ocorre com as Estatais prestadoras de serviço público essencial em regime de exclusividade, pois essas Estatais prestam serviços próprios de Estado e não atuam em concorrência com os particulares, nem possuem finalidade lucrativa, o que afasta a aplicabilidade da vedação imposta as Estatais que possuem atividade econômica em concorrência com os particulares, conforme julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 387¹¹.

Todavia, mesmo nos casos em que o Estado atua sob a forma de Estatais prestadoras de serviço público essencial em regime de exclusividade, de capital misto ou puramente público, tem-se que verificar quais prerrogativas são compatíveis com regime jurídico de tais entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, haja vista que o nascimento da Estatal sob o regime jurídico de direito privado retiraria na sua gênese as prerrogativas da Fazenda Pública.

Há de se destacar que o regime próprio da Fazenda Pública deve ser observado principalmente sob o aspecto econômico-patrimonial, haja vista que a proteção do erário

¹⁰Ibid.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 387*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur375963/false>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

público é a questão primordial do legislador ao estabelecer prerrogativas favoráveis à Fazenda Pública, especialmente quando acionada judicialmente.

Destaca-se que as prerrogativas em prol da Fazenda Pública decorrentes do direito material previstas na legislação brasileira visam proteger o patrimônio público, prova disso é que execução contra a Fazenda Pública é estruturada de modo a não haver constrição, nem expropriação de bens, devendo ser expedido precatório ou requisição de pequeno valor para a efetivação de sentenças condenatórias¹².

Não obstante a proteção aludida, como já afirmado anteriormente, as prerrogativas fazendárias não podem causar desequilíbrio econômico no mercado em que o Estado atua em concorrência com particulares, uma vez que, em regra, a atuação do Estado na economia deve ser isenta de prerrogativas, isso é, sem qualquer vantagem sobre seus concorrentes, protegendo assim o mercado e não o patrimônio público, conforme disposto no parágrafo 2º do artigo 173 da CF¹³.

Nesse sentido, quando o Estado opta por atuar na prestação de serviços públicos essenciais em regime de exclusividade sob a forma de Estatal dotada de personalidade jurídica de direito privado, não há qualquer necessidade de se proteger o mercado, pois não há mercado, nascendo o contraponto lógico de se proteger o erário público, tal como ocorre com os Entes e Entidades típicos da Fazenda Pública¹⁴.

Diante dessa premissa, a primeira prerrogativa da Fazenda Pública que pode ser aplicada à Estatal prestadora de serviço público é a impenhorabilidade dos seus bens, uma vez que o referido patrimônio é verdadeiramente público na sua essência e o reconhecimento da impenhorabilidade não causará qualquer desequilíbrio e protegerá a coletividade, como ocorreu na decisão em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos no julgamento do RE nº 393.032 de relatoria da Ministra Cármen Lúcia¹⁵.

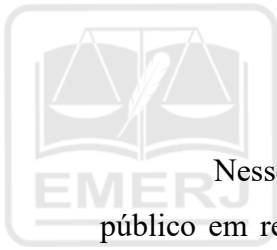
Pode-se considerar ainda que as Estatais prestadoras de serviço público podem ser alvo de isenção e imunidades tributárias, não extensíveis aos demais particulares, uma vez que, quando a obrigatoriedade de recolhimento de determinados tributos vierem afetar e inviabilizar a prestação dos serviços essenciais à coletividade pode o Estado conceder isenção ou imunidade tributária a fim de viabilizar a atividade da Estatal em homenagem ao interesse público.

¹²CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 57.

¹³BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁴CUNHA, op. cit., p. 57.

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 393032 AgR*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur171457/false>>. Acesso em: 29 ago. 2020.



Nesse sentido, haveria a possibilidade de se aplicar às Estatais prestadoras de serviço público em regime de exclusividade algumas prerrogativas e privilégios não extensíveis às Estatais exploradoras de atividade econômica e particulares, uma vez que as primeiras são uma espécie de *longa manus* do Estado atuando sob a forma de pessoa jurídica de direito privado e as segundas atuam como particulares em regime concorrencial.

Sendo assim, há de se considerar que uma prestadora de serviço público quando acionada em juízo deve ter em seu favor as prerrogativas próprias da Fazenda Pública que sejam compatíveis com sua estrutura organizacional.

Dentre as prerrogativas próprias da Fazenda Pública extrai-se a regra de pagamento das condenações judiciais via precatórios, tal modalidade de pagamento próprio da Administração Pública Direta e Autárquica deve ser aplicado também às Estatais que prestam serviço público essencial em regime exclusivo, por ser o próprio Estado em juízo, consoante regramento estatuído no artigo 100 da CRFB/88¹⁶.

Tal entendimento, inclusive, já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.009.828¹⁷ quando foi reconhecida à extensão das prerrogativas de Fazenda Pública à Casa da Moeda do Brasil, pois ela é uma Empresa Pública que presta serviço público em regime de monopólio, sem concorrência, sendo reconhecida a impenhorabilidade de seus bens, determinando-se naqueles autos que a execução se procedesse pelo regime de precatório.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal também afirmou, em outras palavras, que se aplica o regime de precatório às Sociedades de Economia Mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial, que não visam à obtenção de lucro e detém capital social majoritariamente estatal, confirmando sua jurisprudência nos autos do Recurso Extraordinário nº 852.302¹⁸.

Em ambos os casos já mencionados, ficou caracterizado que o regime de execução contra as Estatais, sendo ela Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista, deverá seguir o regramento constitucional estatuído no artigo 100 da CRFB/88¹⁹, confirmando, assim, que há compatibilidade entre o regime jurídico das Estatais prestadoras de serviço público e a prerrogativa de realizar os pagamentos por meio de precatórios.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1009828 AgR*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur390212/false>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 852302 AgR*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur340465/false>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 2.



A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, como já visto, é um caso clássico de aplicação da impenhorabilidade de bens, rendas e serviços de uma Empresa Pública. Apesar de, em parte, a ECT explorar atividade econômica, sua razão de existir é essencialmente pública como ratificou o Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhe assim as prerrogativas inerentes à Fazenda Pública inclusive quanto as obrigações trabalhistas e tributárias²⁰.

Registre-se ainda que a atuação do Estado na atividade econômica é sempre tida por excepcional e, por força de disposição constitucional, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, a luz do que dispõe o artigo 173 da CRFB/88²¹.

Tal dispositivo constitucional já foi interpretado pelo Supremo no julgamento do RE nº 407.099²², sendo evidenciado que o disposto no artigo 173 e seus parágrafos²³ devem ser aplicados quando o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando diretamente atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada:

Outrossim, *a contrario sensu*, se não houver concorrência não haverá aplicação do disposto nos parágrafos do mencionado art. 173 da CRFB/88,²⁴ nesse sentido, pode a Estatal, gozar de prerrogativas e privilégios próprios do regime fazendário sem que haja qualquer ofensa ao texto constitucional, sendo perceptível a compatibilidade entre as prerrogativas e a finalidade a que cada Estatal prestadora de serviço essencial se destina.

Então, em uma detida análise jurisprudencial do STF, verifica-se que as prerrogativas de Fazenda Pública no tocante ao direito material que se referem à impenhorabilidade dos bens e também no tocante ao pagamento por meio de precatórios são compatíveis com as Estatais prestadoras de serviço público essencial, quer estejam sob a forma de empresa pública ou sociedade de economia mista.

3. DOS LIMITES DA IMPENHORABILIDADE DOS BENS E DA APLICAÇÃO DO REGIME DE PRECATÓRIOS NAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

Após se verificar que as prerrogativas da impenhorabilidade dos bens e o regime de precatórios são compatíveis com as Estatais prestadoras de serviços públicos essenciais em regime de exclusividade, tem-se que verificar quais os limites dessa impenhorabilidade e

²⁰BRASIL, op. cit., nota 15.

²¹BRASIL, op. cit., nota 2.

²²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 407099. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97113/false>>. Acesso em: 29 ago. 2020

²³BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁴Ibid.



como deverão ser processadas tais prerrogativas diante da natureza jurídica das Estatais prestadoras de serviço público.

Como é cediço, os bens da Fazenda Pública são, em regra, impenhoráveis e inalienáveis, não se submetendo à constrição, pois a lei visa a proteger o patrimônio público em uma nítida valoração do interesse coletivo em detrimento do interesse particular, sendo uma espécie de manifestação do princípio da supremacia do interesse público²⁵.

A definição de bem público encontra guarida no artigo 98 do Código Civil²⁶ o qual preceitua que “são bens públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Tal definição extraída do Código Civil vigente, pelo menos sob um primeiro aspecto, excluiu os bens pertencentes às Estatais do rol dos bens públicos, visto que essas são pessoas jurídicas de direito privado, porém como já visto no presente artigo, a finalidade a que se destinam os bens das Estatais é preponderantemente pública.

Adite-se ainda que o inciso II do parágrafo 1º do Artigo 173 da CRFB/88²⁷ determina que as Estatais que explorem atividade econômica se sujeitem ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, mas, como já visto, tal vedação não é aplicável às Estatais objeto do presente artigo.

Hely Lopes Meirelles²⁸ entende que o conjunto de bens das Estatais que exploram atividade econômica são bens públicos, uma vez que ao Estado só é permitida a exploração da atividade econômica, quando tal atividade for necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, nos termos do artigo 173 da CRFB/88²⁹. Nesse aspecto, os bens das Estatais são verdadeiros bens públicos com destinação especial, sob administração particular da Estatal.

Dada a posição do festejado doutrinador quanto à natureza pública dos bens das Estatais que explorem atividade econômica, pode-se destacar que as Estatais prestadoras de serviço público em regime de exclusividade ou de monopólio, sem intenção de auferir lucro, tem características muito mais próximas com a Fazenda Pública do que com as exploradoras de atividade econômica.

²⁵CUNHA, op. cit., p. 361.

²⁶BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 set. 2020

²⁷BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁸MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 461.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 2.



Sendo assim, não é difícil de se reconhecer que as Estatais prestadoras de serviço público essencial devem ser observadas em apartado das demais Estatais, uma vez que não há obstáculo para o reconhecimento da impenhorabilidade dos seus bens, nem sob o aspecto da concorrência e nem sobre a destinação especial dos bens.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles³⁰:

As empresas prestadoras de serviços públicos, contudo, apresentam situação diferente, pois os bens vinculados ao serviço não podem ser onerados, nem penhorados, nem alienados (salvo autorização de lei específica), em face do da continuidade do serviço.

Primeiro, as Estatais prestadoras de serviço público essencial são estritamente necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, por expressa determinação constitucional, além disso, a prestação de serviços públicos essenciais em regime de exclusividade afasta qualquer desequilíbrio ou favorecimento indevido na economia, pois a *ratio essendi* dessas Estatais é puramente atender o interesse público, ou seja, bem distante das exploradoras de atividade econômica que auferem lucro e competem no mercado em iguais condições com o particular.

Nesse aspecto, o direito de satisfação do crédito pelo exequente se curva ao direito da coletividade, a fim de que se evitem danos ao erário. Nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha³¹:

[...]sendo o executado a Fazenda Pública, não se aplicam as regras próprias da execução por quantia certa, não havendo a adoção de medidas expropriatórias para a satisfação do crédito. Diante da peculiaridade e da situação da Fazenda Pública, a execução por quantia certa contra ela intentada contém regras próprias.

Nesse aspecto, o arcabouço constitucional que rege as execuções em face da Fazenda Pública é extraído do artigo 100 da Constituição da República Federativa do Brasil³² que determina o procedimento especial de precatórios para realização dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

³⁰MEIRELLES, op. cit., p. 461.

³¹CUNHA, op. cit., p. 334.

³²BRASIL, op. cit., nota 2.



Da leitura do supracitado artigo, verifica-se que a constituição prestigia o princípio da isonomia quanto aos pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas no âmbito de todas as esferas da Federação, não cabendo assim a imediata penhora ou constrição de seus bens, de modo que os pagamentos são feitos por intermédio de procedimento específico, garantindo-se a isonomia.

Ao cabo de um processo judicial em que figura a Fazenda Pública ou entidade a esta equiparada é expedido um precatório dirigido ao Presidente do Tribunal a fim de que este promova os atos necessários ao processamento e pagamento cronológico dos precatórios expedidos contra a Fazenda Pública.

Tal atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal é tida como atividade meramente administrativa e não jurisdicional, conforme julgamento do STF proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.098/SP³³.

Nesse contexto, todas as questões incidentais que versarem sobre os pagamentos a serem realizados devem ser julgadas pelo juiz de primeira instância e não pelo Presidente do Tribunal, que somente tem competência para processar o precatório requisitado pelo respectivo juízo.

Sob esse prisma, como as Estatais prestadoras de serviço público essencial em regime de exclusividade são equiparáveis à Fazenda Pública no tocante à impenhorabilidade dos seus bens, os pagamentos devidos por elas devem seguir a cronologia de apresentação de precatórios, conforme processamento e pagamento cronológico dos precatórios dirigido pelo Presidente do Tribunal que determinará o processamento e pagamento cronológico, tal como a Fazenda Pública.

Assim sendo, tem-se que o regime de precatório aplicável às estatais seguirá o procedimento constitucionalmente consagrado, com a expedição do precatório dirigido ao Presidente do Tribunal a fim de que este promova a atividade administrativa necessária ao processamento e pagamento cronológico dos precatórios, tal como ocorre nas condenações fazendárias típicas.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou abordar diferenças e peculiaridades do regime jurídico das Estatais prestadoras de serviço público essencial em regime de exclusividade daquelas que

³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.098/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266656>>. Acesso em: 13 set. 2020.



intervêm na atividade econômica em concorrência com os particulares, a fim de ilustrar algumas prerrogativas da Fazenda Pública aplicáveis às estatais.

Nesse contexto, ficou evidenciado que as Estatais prestadoras de serviço público essencial em regime de exclusividade e sem finalidade lucrativa, apesar de serem entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, podem usufruir de algumas prerrogativas próprias da Fazenda Pública em razão da sua natureza essencialmente pública, sem que isso acarrete qualquer incompatibilidade com seu regime jurídico.

Importante ressaltar que as Estatais prestadoras de serviço público essencial em regime de exclusividade podem ser criadas sob a forma de Sociedade de Economia Mista ou Empresa Pública, o que não modifica o entendimento de que os seus bens estão necessariamente destinados à finalidade pública, pois todo acervo patrimonial dessas Estatais, apesar de ser de propriedade privada por natureza, estão empenhados em um *munus* totalmente público.

Assim sendo, todo esse patrimônio deve ser revestido de impenhorabilidade própria dos bens públicos diante da sua destinação, como ficou evidenciado no presente artigo, em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal que atribuem a prerrogativa da impenhorabilidade às Estatais prestadoras de serviço público essencial.

Apesar de as Estatais prestadoras de serviço público essencial adotarem uma forma empresarial, a sua finalidade pública é evidente. Sendo assim, as prerrogativas próprias da Fazenda Pública abordadas nesse artigo devem ser preservadas em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público.

Frise-se que o atributo da impenhorabilidade decorre diretamente da finalidade pública à qual o patrimônio da Estatal estiver vinculado, o que o torna também inalienável e imprescritível enquanto forem empregados à finalidade pública a que inicialmente foi destinado pelo Ente criador.

Diante dessas premissas, concluiu-se que apesar de o regime jurídico das Estatais ser o de direito privado, o patrimônio delas é equiparado ao da Fazenda Pública, atraindo, assim, a prerrogativa da impenhorabilidade, própria dos bens pertencentes aos entes e entidades dotados de personalidade jurídica de direito público.

Outrossim, diante da impenhorabilidade verificada no presente artigo, tem-se que a execução contra essas Estatais deve ser realizada conforme preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 100, que determina o procedimento especial de precatórios para realização dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública.



Tal aplicação decorre imediatamente do reconhecimento da equiparação estudada nesse artigo, pois as Estatais prestadoras de serviço público essencial em regime não concorrencial são equiparadas à Fazenda Pública e devem se submeter ao procedimento próprio destas.

Verificou-se que algumas prerrogativas próprias da Fazenda Pública em juízo são extensíveis às Estatais prestadoras de serviço público essencial em regime de exclusividade e não concorrencial, independentemente do regime jurídico de direito privado que fundamentou a criação da Estatal, não sendo a personalidade jurídica de direito privado um empecilho para se reconhecer a compatibilização das prerrogativas da Fazenda Pública e as Estatais.

Reconheceu-se que as prerrogativas de impenhorabilidade e o regime de precatório podem ser aplicados às Estatais em estudo, sem que isso gere qualquer incompatibilidade ou desequilíbrio nas relações das Estatais com os demais particulares, pois tais Estatais não atuam em regime concorrencial, sendo o princípio da supremacia do interesse público um fator determinante para se permitir a aplicação de tais prerrogativas nessas entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

Diante de todo estudo elaborado no presente artigo, pode-se concluir com muita clareza que o Regime Jurídico das Estatais prestadoras de serviço público essencial em regime de exclusividade é compatível com as prerrogativas da Fazenda Pública no tocante à impenhorabilidade dos seus bens e com o regime de precatórios previsto no artigo 100 da Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

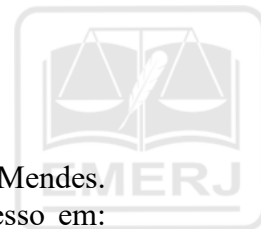
ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 out. 2019.

_____. *Lei nº 13.303*, de 30 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/contituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1098 ED*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur160178/false>>. Acesso em: 13 set. 2020.



_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 387*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur375963/false>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 1.009.828 AgR*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur390212/false>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 220.906*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99158/false>>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 393.032 AgR*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur171457/false>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 407.099*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97113/false>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 627.242*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur368175/false>>. Acesso em: 13 set. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro Da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.



A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL E OS REFLEXOS DAS FALSAS DENÚNCIAS DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR

Angélica Cristina Carvalho Barcelos Souza

Graduada pela Faculdade de Ciências Jurídicas da Sociedade Unificada de Ensino Superior e Cultura – SUESC. Advogada.

Resumo – o presente trabalho aborda os reflexos jurídicos e sociais das falsas denúncias de abuso sexual intrafamiliar como ato de alienação parental e em que medida a Lei de Alienação Parental pode servir de respaldo para acusações inverídicas. A pesquisa enfrenta ainda a questão dos casos reais de abuso sexual sofrido por crianças e adolescentes no ambiente familiar e como o abusador busca amparo na Lei de Alienação Parental para eximir-se de responsabilização pelo crime cometido e perpetuar esse ciclo de violência. Trava-se então um conflito entre a falsa denúncia de abuso sexual e a denúncia real, e, por ser tão difícil a distinção entre ambas verifica-se a necessidade do tema ser tratado de forma pluridisciplinar pelo Poder Judiciário, com o apoio de profissionais da área de saúde, tornando possível o justo deslinde desse conflito familiar.

Palavras-chave – Direito de Família. Alienação Parental. Falsas Denúncias. Abuso sexual intrafamiliar.

Sumário – Introdução. 1. A relevância da Lei de Alienação Parental no contexto jurídico brasileiro, seus aspectos positivos e negativos. 2. Reflexos jurídicos das falsas denúncias de abuso sexual intrafamiliar. A dualidade entre a violência do alienador e do abusador. 3. A controvérsia sobre a proposta de revogação da Lei de Alienação Parental. A atuação pluridisciplinar na identificação das falsas denúncias de abuso sexual intrafamiliar. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como foco apresentar os reflexos, no âmbito jurídico e social, das falsas denúncias de abuso sexual à criança e o adolescente no seio familiar, instrumentalizadas pela Lei de Alienação Parental (LAP). Tal prática tem distorcido a aplicação da referida norma, que foi inserida no ordenamento jurídico com o objetivo de alargar a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente, com o fito de garantir a estes um relacionamento familiar saudável. Entretanto, o uso indevido da LAP, pode deixar a criança e o adolescente em estado de maior vulnerabilidade do que de proteção, uma vez que a falsa denúncia, pode ter consequências danosas em que pese submetê-los à violência emocional da alienação parental ou ainda deixá-los sob a guarda de um abusador.

Em razão dessa dicotomia, em que se discute se de fato a referida norma confere maior proteção para a criança e o adolescente ou corrobora para lhes causar mais dor, foi



proposto o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 498/2018 com intuito revogar a LAP, como forma de sanar o problema em questão. Entretanto, revogar uma norma por não conseguir aplicá-la de forma adequada parece um tanto quanto ineficaz, tendo em vista que o problema continuará existindo para aquela criança e sua família, porém, sem um instituto jurídico específico do qual possam se socorrer.

A essência da LAP é a proteção e visa primordialmente garantir à criança e o adolescente o direito de manter um convívio contínuo e saudável com seus familiares, em especial com seu pai e sua mãe, sem que a imagem de um seja atacada pelo outro. A LAP possui caráter protetivo para além dos filhos, eis que abarca também pais, mães, tios, avós, a família em geral, uma vez que na ocorrência da alienação parental, toda a família adocece. O prejuízo emocional experimentado será refletido em todas as relações daquela comunidade familiar.

Diante disso, o presente trabalho tem por escopo discutir as consequências jurídicas e sociais das falsas denúncias de abuso sexual intrafamiliar apoiadas na LAP. E ainda, a possibilidade de revogação ou reformulação da legislação em debate. Ressalta-se que a revogação de uma lei de tal espectro pode representar um retrocesso social muito grande. Entretanto, faz-se necessário enfrentar os problemas trazidos pelas falsas denúncias e pelo uso abusivo da LAP.

Assim, o primeiro capítulo conceitua o instituto da Alienação Parental e examina seus desdobramentos nas relações familiares. Busca-se salientar a importância da introdução da LAP no ordenamento jurídico brasileiro com a abordagem de seus aspectos positivos e negativos. E ainda, até que ponto a LAP possui relevante influência na entidade familiar e na sociedade, posto que já existe norma legal própria para garantir o direito da criança e do adolescente.

O segundo capítulo aborda os reflexos jurídicos das falsas denúncias de abuso sexual intrafamiliar no tocante à aplicação da LAP, a dualidade entre a violência da alienação parental e a violência de um guardião abusador. Posto que, em ambas as hipóteses, a LAP é utilizada com má-fé, como meio de atingir desejos pessoais, seja na tentativa de provocar o afastamento da criança do outro genitor e seus familiares, seja na intenção de perpetuar o abuso cometido contra o infante. Cabe ainda o exame dos reflexos sociais das falsas denúncias que podem atingir o desenvolvimento emocional da criança e do adolescente, as relações familiares e o comportamento da sociedade diante do tema.

Por fim, o terceiro capítulo, trata da possibilidade de revogação da LAP, diante do impasse que surge quando empregada de forma indevida. E, ainda, busca-se abordar a



manutenção da LAP com alteração em seu texto, no que tange a melhor estruturação do sistema Judiciário no enfrentamento dessas questões, bem como a modificação das sanções para denunciante de má-fé.

No tocante da técnica metodológica, a pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, uma vez que são abordadas as principais discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema em debate. E, ainda, por se tratar de assunto interdisciplinar, apresenta-se os dados e opiniões de profissionais das áreas afins ao tema, tal como psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais.

Para tanto, a abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa, tendo em vista que o trabalho é norteado por bibliografia pertinente à temática em foco, quais sejam: doutrina, jurisprudência e legislação pátria, com o fim de sustentar a tese explanada.

1. A RELEVÂNCIA DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO, SEUS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

Ao indagar qualquer pessoa sobre a definição de família, pode-se afirmar que a resposta, de maneira geral, será de que família é o lugar de proteção, lugar de amor, afeto, família é porto seguro, e as definições, por mais variadas que sejam, seguirão nessa linha.

De fato, a conceituação de família passa pelo viés do amor, solidariedade e responsabilidade entre os integrantes daquele determinado núcleo. Tanto é assim, que o Supremo Tribunal Federal (STF)¹, vem alargando o conceito jurídico de família, para que se amolde à realidade social, qual seja, que família é o núcleo de pessoas que se amam, se respeitam, se cuidam, se preocupam umas com as outras, que cooperam entre si para o crescimento de seus entes.

A Constituição Federal em seu art. 226², deu lugar de destaque para a família, quando estabeleceu que ela é a base da sociedade, conferindo-lhe assim proteção estatal. Na sequência, a Carta Magna, no artigo 227³, incumbiu à família o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direitos de convívio familiar e estabeleceu ainda o direito de estarem à salvo de toda forma de violência, negligência e opressão. Destaca-se que

¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 442*. Relator Ministro Ayres de Brito. Disponível em: < <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

³Ibid.



o art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁴ reproduziu a regra estabelecida em sede constitucional, reafirmando a obrigação familiar no resguardo e proteção das crianças e adolescentes.

A família é o primeiro lugar conhecido pelo ser humano, onde se pretende encontrar, quase que instintivamente, sentimentos valiosos como amor, respeito, apoio, afeto, proteção, solidariedade. Essa gama de sentimentos tornam o ambiente familiar lugar de abrigo, o lugar para onde voltar, onde se socorrer. Na família há identificação, é possível reconhecer-se.

Não obstante a força dos laços familiares entre os entes, é notório que as famílias vivenciam desentendimentos, dissabores, rupturas e reformulações, e é nesse cenário que surge a alienação parental. Com o desfazimento da vida em comum do casal, os filhos muitas vezes são o alvo da narrativa manipuladora dos pais que, movidos pelo sentimento de vingança decorrente da decepção amorosa, passam a destruir de forma irresponsável a imagem do outro genitor perante os filhos.

A psicóloga Andréa Machado⁵, procura conceituar a Alienação Parental como o processo de programação mental exercido por um familiar sobre a consciência da criança, com o objetivo de enfraquecer e até mesmo romper o vínculo afetivo com o familiar alienado, que pode passar a ser odiado pela criança manipulada. Trata-se de um processo usado para destruir, sem justificativa, uma figura parental boa e amorosa.

Maria Berenice Dias⁶, define Alienação Parental como: “nada mais do que uma ‘lavagem cerebral’ feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram, conforme a descrição feita pelo alienador.”

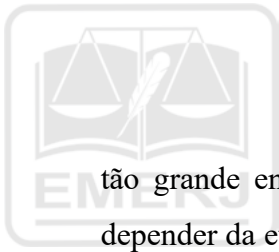
As consequências da Alienação Parental praticadas pelos genitores, podem gerar efeitos emocionais devastadores na vida dos filhos, uma vez que ao atacar a figura do outro genitor com intuito de distanciá-lo da criança, o alienador macula o desenvolvimento dessa relação que deveria ser natural e saudável.

O que se percebe é que quanto mais óbices o relacionamento entre pais e filhos enfrentarem, maior a chance de uma interrupção duradoura nessa relação, criando um abismo

⁴BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020

⁵OLIVEIRA NETO, Álvaro de; QUEIROZ, Maria Emília Miranda de; CALÇADA, Andréia. *Alienação parental e família contemporânea*: um estudo psicossocial. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/alienacao_parental/alienacao_parental_e_familia_contemporanea_vol2.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

⁶DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 463.



tão grande entre pais e filhos, a ponto de fulminar os laços de afetividade entre eles e a depender da etapa da vida, esse vínculo pode não mais ser resgatado.

No tocante a prática de Alienação Parental, cabe salientar as palavras de Maria Berenice Dias⁷, que assim ensina:

[...] o infante passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado. (...) O filho é utilizado como instrumento de agressividade – sendo induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de uma verdadeira campanha de desmoralização. A criança é levada a afastar-se de quem ama e também de quem a ama [...].

Diante da gravidade causada pela prática de Alienação Parental, com o intuito de minimizar sua ocorrência, de conscientizar a família e a sociedade de seus efeitos nefastos e ainda de responsabilizar aquele que praticá-la, foi introduzida no ordenamento jurídico a Lei nº 12.318/2010⁸, conhecida como Lei de Alienação Parental (LAP).

A LAP⁹ conceitua o que é Alienação Parental, apresenta em seu bojo um rol exemplificativo e ainda estabelece sanções cabíveis de serem aplicadas no advento de sua ocorrência. Vale destacar o conceito estabelecido pelo mencionado diploma legal em seu art. 2º: “considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.”

A referida norma deixa clara a intenção de garantir à criança e ao adolescente o direito de convivência com todos os seus familiares, de forma saudável, bem como visa coibir que os familiares responsáveis por sua guarda, deturpem a imagem um do outro para a criança, de forma que esta acredite nas informações que lhe são passadas a ponto de não querer se relacionar com o familiar alijado.

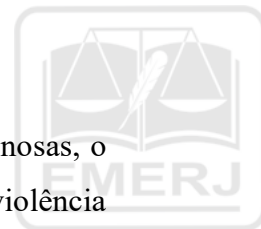
Corroborando com o entendimento de que a prática de Alienação Parental é grave e precisa ser identificada e corrigida, a Lei nº 13.431/17¹⁰, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, passou a

⁷Ibid.

⁸BRASIL. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 18 mai. 2020.

⁹Ibid.

¹⁰BRASIL. *Lei nº 13.431*, de 04 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm>. Acesso em: 18 mai. 2020.



reconhecer em seu art. 4º, II, b¹¹, que independente da tipificação das condutas criminosas, o ato de Alienação Parental é entendido como forma de violência na espécie de violência psicológica, sendo assegurado à vítima o direito de pleitear medidas protetivas contra o autor da violência.

O princípio do melhor interesse da criança e a garantia de seus direitos, foi bem traduzido no artigo 3º do ECA¹², quando estabeleceu que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, abarcando sua proteção de forma integral e assegurando-se lhes um desenvolvimento saudável em todas as áreas de sua vida.

A LAP surge no ordenamento Jurídico para ampliar a tutela dos direitos da criança e do adolescente constantes na Constituição Federal, bem como no ECA, nasce como um instrumento pensado para efetivar esses direitos. É a ideia de fazer valer, não basta estar previsto em lei, tem que ser cumprido pelos entes familiares, sob pena de responsabilização.

Dentre os direitos garantidos à criança e ao adolescente, estão o de convivência familiar saudável e não exposição a qualquer tipo de violência, assim, a LAP exerce papel fundamental ao especificar o ato de alienação parental como um ataque frontal aos mencionados direitos.

Evidencia-se com isso, a relevância da LAP para o ordenamento jurídico brasileiro, eis que a referida norma tem um olhar direcionado para a proteção de determinado direito. Essa lei pinça, dentre todos os direitos da criança e do adolescente, aquele que diz respeito à convivência familiar saudável, com intuito de efetivá-lo.

Cumprir destacar a existência de críticas negativas à LAP, dentre elas a previsão de reversão da guarda descrita em seu art. 6º, V¹³, como sanção máxima no caso de verificação de Alienação Parental. A crítica consiste em entender que a reversão da guarda pode penalizar não só o alienador, mas a própria criança, que em regra não quer se afastar nem do pai, nem da mãe, assim a criança poderá sofrer as consequências da sanção imposta ao alienador.

Outro aspecto negativo, é que o genitor alienado, pode ser de fato um abusador e se aproveitar da LAP em benefício próprio, para conseguir livre acesso à criança ou adolescente e até obter sua guarda exclusiva e assim continuar a prática abusiva. Esse aspecto é o mais criticado e debatido, tanto que provocou o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 498/2018¹⁴ para revogação da LAP, tema abordado adiante com maior profundidade.

¹¹ Ibid.

¹² BRASIL, op. cit., nota 4.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁴BRASIL. PLS nº 498 de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134835>>. Acesso em: 16 abr. 2020.



2. REFLEXOS JURÍDICOS DAS FALSAS DENÚNCIAS DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR. A DUALIDADE ENTRE A VIOLÊNCIA DO ALIENADOR E DO ABUSADOR

Diante das considerações até então expostas é fácil constatar o quão nocivas são as práticas de Alienação Parental utilizadas com intuito de destruir a relação entre pais e filhos. O ato de Alienação Parental se manifesta por meio de diversas práticas, tal como adjetivações negativas do genitor alienado, manipulação emocional da criança, vitimização do alienador, impedimentos ou empecilhos que dificultem o relacionamento saudável entre pais e filhos.

Dentre as inúmeras formas de Alienação Parental, uma das mais graves é a falsa denúncia de abuso sexual com o fito de afastar a criança ou adolescente do convívio de seu genitor, a acusação de prática incestuosa é muito utilizada por produzir uma resposta rápida ao alienador, que diante de tal narrativa consegue afastar a criança do familiar acusado.

Sobre esse distanciamento orquestrado, Sandra Maria Baccara Araújo¹⁵, assim diz:

[...] vejo processos em que pais e familiares ficam anos afastados de seus filhos, até que estes consigam provar que foram vítimas de uma armadilha, cuidadosamente preparada, com a função de destruir a confiança da criança / adolescente no genitor ou familiares alienados, levando-se a afastar destes através de atitudes de nojo, raiva ou medo. (...). O que me preocupava é que a distância que se impõe entre o acusado e a sua suposta vítima alimenta a fantasia de abandono que tão frequentemente é usada pelo alienador.[...].

Por vezes o alienador, na busca de fatos que embasem sua denúncia, faz questionamentos sugestivos à criança, tal como o modo que foi feita sua higiene pessoal quando estava sob o cuidado do outro genitor, as roupas que usou, com quem dormiu, as brincadeiras que fez, enfim, perguntas que quando traduzidas para a linguagem da criança podem induzi-la a dar uma resposta que indique a ocorrência de suposto abuso.

Cabe ressaltar que crianças, em especial as mais novas, ao serem estimuladas em suas respostas tendem a aderir a sugestão que lhe foi colocada. Assim, ao fazer indagações com direcionamento das respostas, o alienador acaba por induzir o infante a falar sobre fatos que não existiram ou estão distorcidos. Diante de perguntas manipuladas e respostas sugestionadas, pode ocorrer confusão entre verdades e mentiras, e a narrativa do abuso se torna evidenciada mesmo sem ter ocorrido.

¹⁵ARAÚJO, Sandra Maria Baccara. O genitor alienador e as falsas denúncias de abuso sexual. In: DIAS, Maria Berenice. *Incesto e alienação parental*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.154.



Por ser um ato tão repugnante e nefasto, o abuso sexual intrafamiliar é reputado como de caráter gravíssimo e, ao ser levantada tal hipótese em sede judicial, os profissionais destinados a dar uma solução célere ao problema não contam com muitas alternativas e, em geral, indicam o imediato afastamento da criança do suposto abusador.

No afã de atender ao melhor interesse da criança e lhe garantir a proteção integral, mesmo diante de dúvidas e acusações inconstantes e sem que se faça a persecução necessária para apuração da veracidade da denúncia, o magistrado não consegue entregar outra solução senão a decisão liminar de afastar a criança do convívio do genitor acusado de abuso sexual.

O intuito do alienador ao denunciar falsamente um abuso sexual é de receber atenção imediata do Poder Judiciário, visto que este tem o dever de garantir proteção à vítima do abuso e assim irá determinar seu afastamento do convívio do abusador.

De fato, o raciocínio do alienador não está equivocado, uma vez que é responsabilidade do Estado imprimir todos os esforços para proteger vítimas de abuso. Com base nessa premissa o alienador age com má-fé quando recorre ao Judiciário com o propósito de buscar vingança pessoal.

Sobre a maneira como a falsa acusação de abuso sexual é remetida ao Poder Judiciário e por ele é recepcionada, cabe ressaltar a elucidação de Aniêgela Sampaio Clarindo¹⁶:

[...] este mecanismo de acusações inverídicas tem o poder de iludir os operadores do direito envolvidos na análise do caso, principalmente aquela que possui a prerrogativa de julgar, pois a conduta do genitor alienante é no sentido de não apenas convencer o magistrado, mas também o próprio filho de que o abuso sexual existiu, geralmente distorcendo a verdade acerca de fatos que não têm conotação abusiva. Quanto mais tenra a idade, a criança ou o adolescente serão induzidos a acreditarem que foram abusados, devido ao alto grau de sugestionabilidade da mente humana ainda em formação [...].

Em geral, o que se segue após a decretação do afastamento liminar é um processo longo em razão da necessidade de uma instrução probatória sólida, realização de estudos psicossociais nem sempre conclusivos, enfim, o que se verifica com isso é a utilização do Poder Judiciário como ferramenta de vingança, com isso o alienador consegue, apoiado em um andamento processual lento, devido as suas particularidades, afastar por um período considerável o filho da convivência do genitor acusado, o que acaba lhe garantindo uma

¹⁶CLARINDO, Aniêgela Sampaio. As falsas acusações de abuso sexual como instrumento de genitores alienadores. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2.801, 3 mar. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18611>>. Acesso em: 31 ago. 2020.



espécie de ‘vitória’. Ao passo que ao infante garante incertezas, traumas, falsa memória de um abuso não ocorrido e ainda o sentimento de abandono em relação ao genitor com o qual está impedido de ter contato, ou seja, causa uma devastação emocional para essa criança.

Resta claro que a falsa denúncia de abuso sexual vem sendo largamente usada como forma de alienação parental, trazendo consigo todos os problemas e consequências perigosas que podem macular e até destruir as relações familiares. Entretanto, não há que se fechar os olhos para a real existência do abuso sexual intrafamiliar sofrido por diversas crianças em nosso país. Essa é uma triste realidade que precisa ser encarada, combatida e veementemente punida e em hipótese alguma a LAP deve servir para acobertar esse tipo de abuso ou qualquer outro, até porque isso feriria frontalmente a essência da referida lei.

O abuso sexual intrafamiliar é uma forma de violência que apresenta muita complexidade em sua identificação, uma vez que a maioria das ocorrências não deixam vestígios, o que dificulta a produção de provas. Em geral só se consegue identificação de uma prática incestuosa após um período de análise comportamental da criança, dos seus genitores, realização de entrevistas com pessoas e profissionais que convivem com essa criança.

Não se nega que existe o risco de que realmente tenha ocorrido o abuso sexual intrafamiliar e este venha ser admitido como uma falsa denúncia, em virtude do genitor acusado alegar em sua defesa a Alienação Parental como uma excludente do crime cometido. E assim, com respaldo na LAP, esse abusador continua ter livre convivência com a criança, vítima do abuso, podendo inclusive obter sua guarda unilateral.

No que tange a identificação das relações incestuosas, Maria Berenice Dias¹⁷ assim diz: “as relações incestuosas são difíceis de ser identificadas, até porque se iniciam com gestos de afeto, são carinhos que se transformam em toques e carícias. Na maioria das vezes, são práticas que não se resumem em episódios isolados, mas se prolongam no tempo.”

Nesse contexto é que repousa o conflito que envolve o presente tema, surgindo os dois tipos de violências, aquela praticada pelo genitor alienador que não mede esforços para atingir seu objetivo a ponto de denunciar falsamente uma situação de abuso sexual sofrida por seu filho(a). E, de outro lado, a possibilidade do genitor, que realmente pratica abuso sexual contra seu filho(a), mas que nega o fato e usa a alegação de estar sofrendo Alienação Parental para continuar com livre acesso a criança vítima do abuso, perpetuando a violência cometida.

¹⁷DIAS, Maria Berenice. *Incesto e alienação parental*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 325.



Em qualquer dos casos é incontestável a configuração de violência contra a criança, que sem dúvida é a maior vítima de ambas as situações. Não se pode tirar os olhos dessa criança e de suas necessidades, por isso é tão importante a correta identificação da violência que está sendo cometida contra ela, seja a Alienação Parental, seja o abuso sexual, para dar a esta criança a proteção constitucionalmente à ela conferida. Há de se ressaltar que a LAP não se presta a privilegiar pai ou mãe, ela existe para dar maior efetividade à garantia de proteção da criança e ao adolescente.

Tanto numa situação, quanto na outra o que se percebe é a má-fé por parte dos genitores que se utilizam da LAP para atingir seus objetivos pessoais, de maneira egoísta não percebem que a maior vítima de toda essa violência é seu próprio filho(a) que carregará cicatrizes emocionais que o prejudicarão em seu desenvolvimento até a vida adulta.

3. A CONTROVÉRSIA SOBRE A PROPOSTA DE REVOGAÇÃO DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL. A ATUAÇÃO MULTIDISCIPLINAR NA IDENTIFICAÇÃO DAS FALSAS DENÚNCIAS DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR

No ano de 2017 surgiu um movimento de mães contra a LAP e pleiteando por sua revogação sob a alegação de que o art. 6º, V da LAP¹⁸ possibilita a inversão da guarda se caracterizados atos de alienação parental por um dos genitores. Alegam que ao denunciarem abusos sexuais sofridos por seus filhos pelo outro genitor são acusadas por este de Alienação Parental e como esse tipo de violência é de difícil comprovação podem incorrer na prática de falsa denúncia o que acarretaria na possível reversão da guarda do menor. Diante disso, as mães dizem que se sentem ameaçadas e por medo de perder a guarda dos filhos deixam de denunciar e assim o ciclo de abuso se mantém.

Os argumentos acima descritos foram levados juntamente com casos correlatos à CPI dos maus tratos¹⁹, que teve por objeto a apuração de casos de violências e abusos contra crianças e adolescentes, assim após sua conclusão foi apresentado um Projeto de Lei no Senado (PSL) nº 498/2018²⁰ com proposta de revogação da LAP. Os proponentes entendem

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁹BRASIL. *CPI dos Maus Tratos*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/noticias/materias/2018/05/10/cpi-dos-maus-tratos-ouve-denuncias-de-ma-aplicabilidade-da-lei-da-alienacao-parental>>. Acesso em: 15 set. 2020.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 14.



que a LAP acaba por proteger pais abusadores e defendem que a revogação do referido ditame legal é a única solução para fazer cessar este problema.

Em contrapartida, grande parte dos operadores do direito, magistrados, bem como profissionais das áreas de psicologia e assistência social, defendem a permanência da LAP, sob o argumento de que não faz sentido retirá-la do ordenamento jurídico com a justificativa de seu mau uso em casos isolados, tendo em vista a grande relevância da LAP no seio da sociedade e em especial o garantismo que traz no que tange a proteção emocional da criança e do adolescente.

Cabe ressaltar que não há previsão na LAP de reversão de guarda automática pelo simples fato de ter sido feita uma acusação de alienação parental, ou seja, o juiz não inverte a guarda de maneira açodada. Em regra, há um caminho a percorrer, em que se faz toda uma apuração do caso com ajuda de profissionais habilitados, até que se chegue a uma decisão.

Em meio a todo esse debate, a Comissão de Direitos Humanos (CDH) aprovou um substitutivo ao projeto que propõe a revogação da LAP, para que esta seja mantida mas tenha seu texto alterado no sentido de incluir critérios mais rígidos para diferenciar a denúncia sabidamente falsa, em que se verifica a má-fé do genitor que tem a intenção de afastar o infante do outro genitor, da denúncia em que o genitor acredita de boa fé na sua veracidade, que faz com a preocupação de proteger a criança.

Ainda não há uma decisão quanto a revogação ou alteração da LAP, uma vez que a o projeto de lei pende de aprovação da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e votação no Senado. Entretanto, ao que parece, houve a prevalência do bom senso ao se propor a alteração da referida norma no lugar de sua total exclusão, visto que extirpar a LAP do ordenamento jurídico seria uma medida drástica, que representaria um retrocesso sem produção de efeitos práticos, pois não traria solução ao problema, ao contrário seria como colocar uma pá de cal em cima da questão.

Talvez uma alteração na LAP no sentido de incluir medidas sancionatórias mais rígidas na constatação da falsa denúncia possa reduzir o crescimento de processos de alienação parental com base em abuso sexual não existente. Fato é que tanto a Alienação Parental, como os abusos sexuais intrafamiliar contra crianças e adolescentes continuarão a existir, ainda que que a mencionada lei seja revogada, porém sua exclusão do ordenamento jurídico poderia acarretar a perda de uma norma protetiva específica e que em muito corrobora no combate de ambas as violências.

Distinguir uma falsa denúncia de abuso sexual de uma acusação real não é uma tarefa fácil que se consiga realizar com a análise de provas acostadas aos autos, é necessário que o



magistrado esteja amparado por uma equipe multidisciplinar, em especial de psicólogos e assistentes sociais, que são preparados para interpretar a subjetividade de cada caso e, com um olhar mais apurado, opinar a respeito da configuração de um caso fundado em falsa denúncia de abuso sexual ou de uma hipótese real de abuso sexual.

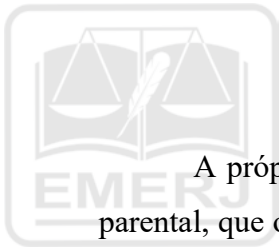
Para o enfrentamento da problemática que gira em torno da falsa denúncia *versus* a denúncia verdadeira é necessário que haja uma melhor estruturação do Judiciário para receber e tratar demandas dessa natureza. É de extrema importância que o Poder Judiciário tenha uma resposta mais rápida para as ações de Alienação Parental, que trate o tema com a urgência que merece, utilizando, desde logo, o espaço de audiência como oportunidade em que o juiz possa ter um contato mais direto com as partes, tendo assim uma maior percepção do caso em concreto e consiga enxergar além do que está escrito no papel.

Em geral as ações que abrangem o direito de família estão relacionadas com sentimentos e emoções que ultrapassam a esfera jurídica e passam longe da simples aplicação da lei. Dessa forma é imperioso que o tema seja tratado de maneira interdisciplinar, com a atuação ampla de equipe técnica especializada, que tem o conhecimento e habilidades necessárias para a condução de entrevistas com as partes envolvidas de forma que possam extrair informações que contribuam para uma decisão acertada do processo.

Denise Duarte Bruno²¹, no âmbito de sua atuação em processos judiciais como assistente social, relata de forma comparativa dois casos envolvendo denúncia de abuso sexual intrafamiliar e Alienação Parental. No primeiro caso tratava-se de uma falsa denúncia de abuso sexual supostamente sofrida por uma menina de 4 anos, porém com tratamento prioritário e o apoio psicológico às partes envolvidas, logo constatou-se a prática de ato de Alienação Parental, que havia provocado um injusto afastamento da criança de seu pai. Já o segundo caso tratava de uma denúncia real em que duas irmãs, de 7 e 5 anos, estavam sendo submetida a abuso sexual cometido por seu pai e a rápida identificação permitiu dar àquelas crianças receberem a proteção que precisavam.

De acordo com a autora, em ambos os casos só foi possível verificar o que realmente estava acontecendo naqueles núcleos familiares, devido a rápida e eficiente atuação de profissionais capacitados em conversar com as partes e produzirem laudo pericial capaz de dar suporte ao magistrado para decidir de forma adequada à realidade dos fatos.

²¹BRUNO, Denise Dias. Abrindo os olhos para verdadeiros relatos e falsas memórias. In: DIAS, op. cit., 2017, p.115.



A própria LAP em seu art. 5^o²² traz a indicação de que havendo indícios de alienação parental, que o juiz determine a perícia psicológica ou biopsicossocial, esta indicação da lei já aponta pra necessidade da junção de disciplinas para melhor apuração dos fatos. Isso demonstra cada vez mais que a ciência do direito não pode viver isolada, que o conhecimento jurídico sozinho não é capaz de resolver todos os casos levados a juízo. É imprescindível que haja uma conversa nos diferentes saberes, uma troca de conhecimento que levará a um maior aprofundamento nas questões e permitirá uma melhor solução para a demanda.

Assim, para que se obtenham efeitos práticos e positivos nas ações de alienação parental, com o correta identificação e solução da demanda levada ao Judiciário, é necessário conferir melhor estrutura aos fóruns das diferentes comarcas do país. É importante a ampliar o número de profissionais técnicos, quais sejam psicólogos, assistentes sociais, entre outros para atuarem de forma mais intensiva nos processos, trabalhando junto as partes na coleta de dados e verificação de fatos, o que certamente trará maior efetividade na entrega da prestação jurisdicional.

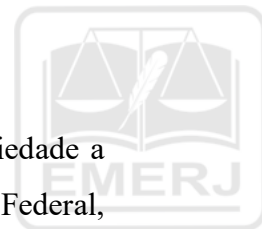
CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou o debate que gira em torno do uso indevido da Lei de Alienação Parental (LAP), no tocante das falsas denúncias de abuso sexual intrafamiliar, instrumentalizadas pela referida norma e como essa prática tem refletido na esfera jurídica e social.

Inicialmente, destacou-se a relevância da LAP para o ordenamento jurídico, sendo certo que conferiu maior eficácia a um direito já estabelecido em sede constitucional, qual seja, o da proteção integral e absoluta à criança e ao adolescente. A LAP implementou importantes alterações no comportamento da sociedade quanto às relações familiares, à medida que difundiu o conceito e compreensão do ato de alienação parental, seu reconhecimento e punição, com o intuito claro de melhor garantir o convívio respeitoso e saudável da criança com seus familiares.

A controvérsia do tema consiste no ato de Alienação Parental consubstanciado na falsa denúncia de abuso sexual praticado por um dos genitores e nas situações reais de abuso sexual intrafamiliar, em o acusado de cometer o abuso alega sofrer Alienação Parental por parte do outro genitor, com intuito de escapar da responsabilização deste.

²²BRASIL, op. cit., nota 8.



Esse conflito ganhou contornos tão fortes que motivou uma parcela da sociedade a pleitear pela revogação da LAP por meio de um projeto de lei em tramite no Senado Federal, por entender que genitores abusadores se abrigam na LAP para garantirem o livre convívio com a criança vítima do abuso. Em que pese a existência de casos verdadeiros, as falsas denúncias de abuso sexual intrafamiliar são cada vez mais recorrente nas varas de família, em que um genitor alienador imbuído de má-fé, também se utiliza da LAP para atingir seu plano de vingança e arruinar a relação do filho com o outro genitor e sua parentela.

Pelas considerações levantadas no presente artigo, o que se verifica é que tanto na falsa denúncia que é caracterizada como ato de alienação parental, como no abuso sexual intrafamiliar, a constatação é uma só: trata-se de violência cometida contra a criança e seja de uma forma ou de outra deixará nela sequelas emocionais.

Diante disso, a hipótese de revogação da lei como medida de diminuição dessas ocorrências não se revela efetiva, tendo em vista que retirar do ordenamento judicial uma norma que visa melhor garantir direitos sob argumento de que está sendo mal aplicada não traz solução ao conflito. Entende-se que a LAP mereça sofrer alguma alteração no sentido de estabelecer uma maior punição para os casos em que se verifique a má-fé do genitor, aprimorando assim a essência garantidora da norma.

A denúncia de abuso sexual intrafamiliar, seja falsa ou verdadeira, tem sido frequentemente levada ao Judiciário para que o Estado entregue uma resposta àquele conflito familiar. Ocorre que essa é uma matéria delicada e de difícil constatação, não é um processo em que o juiz, ao verificar os documentos acostados, consiga aplicar desde logo uma solução. O universo do Direito familiar vai além dos limites meramente legais é construído também por emoções, sentimentos, histórias. Assim não é crível o Direito ser aplicado de forma isolada pra resolver essas questões, é necessária a participação ativa de profissionais de outras áreas, em especial psicólogos, assistentes sociais e, em alguns casos, até médicos psiquiatras e pediatras que, com a confecção de diagnósticos apropriados, podem auxiliar o magistrado na tomada de decisão.

Desta feita, para se atingir uma melhor solução para casos como os demonstrados no presente artigo, é ideal que ao chegarem no Judiciário encontrem uma estrutura melhor arranjada, em que seja realizado um trabalho em conjunto com equipe interdisciplinar. É de suma importância a instrução desses processos com relatórios de profissionais que tem a expertise necessária para indicar a real situação ocorrida naquele núcleo familiar. Ao trilhar esse caminho, maior será a possibilidade do Estado contribuir de maneira mais rápida e eficaz para a resolução de demandas dessa natureza.



REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Sandra Maria Baccara. O genitor alienador e as falsas denúncias de abuso sexual. In: DIAS, Maria Berenice. *Incesto e alienação parental*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. *CPI dos Maus Tratos*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/noticias/materias/2018/05/10/cpi-dos-maus-tratos-ouve-denuncias-de-ma-aplicabilidade-da-lei-da-alienacao-parental>>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. *Notícias sobre o projeto de lei que revoga a Lei de Alienação Parental*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/631131-projeto-revoga-a-lei-de-alienacao-parental/>> Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 18 mai. 2020.

_____. *Lei nº 13.431*, de 04 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm>. Acesso em: 18 mai. 2020.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado 498 de 2018*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134835>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. Senado Federal. *Leila propõe projeto para evitar revogação completa da Lei de Alienação Parental*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/03/leila-propoe-projeto-para-evitar-revogacao-total-da-lei-de-alienacao-parental>>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 442*. Relator Ministro Ayres de Brito. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRUNO, Denise Dias. Abrindo os olhos para verdadeiros relatos e falsas memórias. In: DIAS, Maria Berenice. *Incesto e alienação parental*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CLARINDO, Aniérgela Sampaio. As falsas acusações de abuso sexual como instrumento de genitores alienadores. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2801, 3 mar. 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Incesto e alienação parental*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

IBDFAM. Assessoria de Comunicação. *Especialistas do IBDFAM são contra revogação da Lei de Alienação Parental*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/noticias/7095/Especialistas+do+IBDFAM+s%C3%A3o+contra+revoga%C3%A7%C3%A3o+da+Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental>>. Acesso em: 29 set. 2020.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental: Importância da Detecção Aspectos Legais e Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA NETO, Álvaro de; QUEIROZ, Maria Emília Miranda de; CALÇADA, Andréia. *Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial*. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/alienacao_parental/alienacao_parental_e_familia_contemporanea_vol2.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

YOUTUBE. Emerj Eventos. *Lei de Alienação Parental – 10 anos de avanços e retrocessos*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fVn8afus6uA&t=7011s>>. Acesso em: 18 set. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. *Revogação da Lei de Alienação Parental*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=NjAeJGNiYey>>. Acesso em: 05 abr. 2020.



O DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA NA LEI MARIA DA PENHA E O RESPECTIVO RITO PROCEDIMENTAL A SER SEGUIDO À LUZ DA LEI Nº 13.641/18

Bárbara Mota de Souza Dutra

Graduada pelo UNIFOA - Centro Universitário de Volta Redonda. Advogada. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a Lei nº 13.641/18 alterou a Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha, incluindo um novo artigo que criminaliza o descumprimento de medidas protetivas de urgência. Entretanto, trouxe uma discussão acerca da competência para o julgamento desse delito de descumprimento. O presente artigo demonstra que essa discussão caminha para o fim, com a demonstração dos entendimentos dos Tribunais, mas apresenta as duas vertentes doutrinárias geradas pela inclusão do art. 24-A na Lei Maria da Penha. Serão analisadas as consequências dessa inovação legislativa e esses dois principais entendimentos jurídicos acerca do procedimento que deverá ser seguido a partir dessa reforma jurídica.

Palavras-chave – Direito Penal e Processual Penal. Lei Maria da Penha. Crime. Descumprimento de medidas protetivas de urgência. Rito procedimental. Lei nº 13.641/18.

Sumário – Introdução. 1. A criação da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/06 no Brasil e os aspectos para sua aplicabilidade. 2. A criminalização do descumprimento de medidas protetivas previstas na Lei nº 13.641/18. 3. A discussão acerca da competência originária da Justiça Comum ou do Juizado Especial em caso de descumprimento das medidas cautelares previstas na Lei nº 13.641/18. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a alteração da Lei nº 11.340/06 pela Lei nº 13.641/18 em razão da criminalização do descumprimento de medidas protetivas e a discussão acerca do rito procedimental a ser seguido em caso de ocorrência do delito. Procura-se demonstrar que a conduta de descumprir as medidas cautelares impostas em juízo foi criminalizada, porém é necessário apreciar qual a competência para aplicar a sanção pela violação das medidas impostas.

Para tanto, abordam as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o rito procedimental deve ser o da Justiça Comum ou do Juizado Especial Criminal, visto que a alteração trazida pela Lei nº 13.641/18 na Lei Maria da Penha é ampla e não deixa claro de quem é a competência.



A Lei nº 11.340/06 visa a proteção contra a mulher, porém, não se trata de uma lei penal, com a previsão de crimes e respectivas sanções, somente prevê algumas medidas protetivas de urgência, que ora obrigam o agressor; ora são destinadas à ofendida. Essas medidas, no entanto, nem sempre são cumpridas pelo agressor. Por isso, foi necessário a criação da Lei nº 13.641/18, incumbida de tipificar a conduta de não-obediência das medidas cautelares. Apesar disso, essa lei não esclarece o procedimento para aplicação da punição em caso de descumprimento da decisão judicial, favorecendo as seguintes reflexões: de quem é a competência para aplicação da sanção? É cabível a lavratura de auto de prisão em flagrante delito ou termo circunstanciado pelo delegado de polícia? A mera ciência do agressor acerca da postulação de medidas protetivas pela vítima, que ainda não foi apreciada pelo poder Judiciário é suficiente para configurar o crime previsto no art. 24-A da Lei nº 13.641/18?

O tema é controvertido na doutrina e merece atenção, uma vez que mostra o desrespeito não só das decisões judiciais, como também da própria vítima.

Para melhor compreensão do tema, busca-se comprovar o aumento da violência contra a mulher e a necessidade da criação da Lei nº 13.641/18, principalmente pelo crescimento do descumprimento de decisões judiciais relativas às medidas cautelares impostas. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade do procedimento previsto no Juizado Especial Criminal ser utilizado em casos de crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, além da medida a ser adotada pela autoridade policial em caso de ocorrência do delito.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/06 no Brasil e sua aplicabilidade.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a criminalização do descumprimento de medidas protetivas previstas na Lei nº 13.641/18, com o objetivo de verificar, em concreto, a violação das decisões judiciais que estabelecem medidas cautelares como forma de proteção à mulher vítima de violência doméstica.

O terceiro capítulo aborda sobre a discussão acerca da competência originária da Justiça Comum ou do Juizado Especial em caso de descumprimento das medidas protetivas previstas na Lei nº 13.641/18. Procura-se explicitar o rito procedimental a ser seguido para aplicação da sanção referente à violação dessas medidas. Para tanto, foi necessário refletir se a competência do Juizado Especial Criminal é cabível quando se trata de crime de violência doméstica, bem como a ação da autoridade policial perante a incidência do delito previsto no art. 24-A da Lei nº 13.641/18.



A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, dado que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para isto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, visto que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar sua tese.

1. A CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA – LEI Nº 11.340/06 NO BRASIL E OS ASPECTOS PARA SUA APLICABILIDADE

A Lei nº 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, entrou em vigor no Brasil no dia 22 de setembro de 2006, após 27 anos para ser editada. E isso somente ocorreu em razão da grande repercussão de um caso de agressão sofrida por uma mulher: Maria da Penha Maia Fernandes.

Maria da Penha sofreu inúmeras agressões por parte de seu marido durante os anos em que foi casada, inclusive duas tentativas de homicídio, que teve como resultado sua paraplegia. Durante o período que se relacionou com o agressor, realizou várias denúncias da violência que sofria. Todavia, nada foi feito pelo Poder Público, chegando a vítima até mesmo pensar que o agressor tinha razão de ter feito tudo aquilo. Depois de quase ter sido assassinada, tomou coragem e decidiu fazer uma denúncia pública.¹

Como o caso se tornou grandemente conhecido, instituições de defesa dos direitos da mulher realizaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que condenou internacionalmente o Brasil em virtude da falta de resposta e omissão frente a violência doméstica. Somente após o pagamento de indenização a vítima Maria da Penha, o país passou a cumprir as convenções e tratados do qual é signatário.

Foi realizada, então, o Projeto de Lei nº 4.559/04 pela deputada Federal Jandira Feghali, através de várias audiências públicas pelos estados do país. O Senado Federal recebeu o projeto e realizou algumas alterações, finalmente criando a Lei nº 11.340/06, sancionada pelo Presidente da República em 07 de agosto de 2006.

¹CORTÊS, Iáris Ramalho; MATOS, Myllena Calasans de. *Lei Maria da Penha: do papel para a vida. Comentários à lei 11.340/06 e sua inclusão no ciclo orçamentário*. Brasília: CFMEA – Centro Feminista de Estudos e Assessoria, 2009.



A Lei Maria da Penha foi criada com o objetivo de reprimir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Ainda hoje, a sociedade possui alguns valores culturais de uma relação de dependência entre o homem e a mulher, sendo esse tipo de violência naturalizada, como, por exemplo, pela conhecida frase: “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”.² E por isso, a mulher recusa a buscar ajuda e a respectiva punição daquele com quem convive ou já conviveu um dia, tentando buscar justificativas para o comportamento covarde do agressor.

Na maioria das vezes em que homem agride a mulher, atribui a ela a culpa. Tenta justificar sua conduta alegando que a vítima foi a responsável por ele ter “perdido a cabeça”, seja por que não cumpriu suas tarefas domésticas, seja porque só vive exigindo dinheiro. E geralmente após esses episódios de violência contra a mulher, o homem se arrepende e pede perdão. A mulher aceita e acredita que o agressor vai mudar. E ele realmente muda, mas só por um período até uma nova agressão. E em razão da dependência emocional e principalmente financeira, a mulher reluta em denunciar e continua acreditando que a violência não mais irá ocorrer. É a chamada síndrome da mulher agredida, ou seja, mesmo sofrendo a mulher continua convivendo com o agressor e perpetuando a vitimização, por acreditar que o arrependimento é verdadeiro e a violência não mais irá acontecer.

A violência contra a mulher é entendida como violência de gênero, pois é relacionada a condição de subordinação da mulher na sociedade, seja patrimonial, afetiva ou moral. O efeito das agressões psicológicas, físicas, sexuais e/ou patrimoniais sofridos pela vítima são enormes e devastadoras, pois influenciam diretamente na sua própria qualidade de vida. A mulher vive diariamente insegura e sempre com temor de sofrer uma nova agressão.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde – OMS, aproximadamente uma em cada três mulheres (35%) em todo o mundo sofreram violência física e/ou sexual por parte do parceiro ou de terceiros durante a vida e a maioria é cometido dentro do lar ou perante à família.³ Trata-se de um grande problema de saúde pública e violação dos direitos humanos das mulheres.

²DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, 384 p.

³BRASIL. Folha Informativa - *VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES*. Organização Pan-Americana da Saúde, Organização Mundial da Saúde. Nov. 2017. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5669:folha-informativa-violencia-contra-as-mulheres&Itemid=820>. Acesso em: 24 abr. 2019.



No Brasil, com a entrada em vigor da Lei nº 11.340/06, foram criados Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, agilizando e avançando a punição daqueles que praticam tal agressão. Ademais, sendo uma lei de proteção a mulher vítima de violência, estabelece medidas que visam não só sua integridade física, mas também emocional, como o afastamento de agressor do lar e o encaminhamento da vítima e os filhos a abrigo seguro e protegido pelo Estado.

A Lei Maria da Penha, embora não seja estritamente penal - visto que não prevê crimes e penas - é uma legislação extrapenal, que envolve prevenção e tem como intuito a segurança da vítima de agressão em âmbito doméstico. A lei foi um grande avanço para a defesa das mulheres e a recuperação de sua cidadania. O próprio art. 2º, dispõe: “Toda mulher, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade, religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.”⁴

A Lei Maria da Penha abriga o gênero mulher, não havendo qualquer distinção de orientação sexual, sendo aplicada inclusive a transexuais que sofram violência em ambiente doméstico. Uma possível inconstitucionalidade da lei foi arguida perante o Supremo Tribunal Federal, com fundamento de violação ao princípio da isonomia prevista no artigo 5º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Entretanto, a Corte considerou a lei constitucional, com base no caput do artigo, que dispõe a igualdade entre todos, devendo serem tratados todos de maneira igual, porém na medida de suas desigualdades.

A violência doméstica pode ser conceituada como qualquer tipo de conduta que venha a causar sofrimento a mulher em seu ambiente de convívio familiar. Assim, qualquer ação praticada pelo agressor nesse contexto irá levar a aplicação da Lei nº 11.340/06. Destaca-se que a violência a ser considerada abrange não só a física, mas também a moral, psicológica, patrimonial e sexual.

O sujeito ativo do crime de violência doméstica geralmente é o homem. Ainda que existam mulheres agressoras, na maioria dos casos a agressão é cometida pelo parceiro ou ex companheiro da vítima. O perfil do criminoso é de difícil compreensão, pois há vários fatores históricos e culturais que desencadeiam sua ação. Porém, é fácil entender que a cultura machista ainda enraizada na sociedade é uma das causas dessa brutalidade.

⁴BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.



Há uma grande efetividade da Lei nº 11.340/06, com a redução dos altos índices de violência praticada em âmbito doméstico contra a mulher. Com mais de uma década da Lei Maria da Penha, uma das grandes conquistas é que 98% das mulheres conhecem ou já ouviram falar dessa norma específica para os casos de violência doméstica, segundo pesquisa Nacional do DataSenado.⁵

Entretanto, embora a Lei Maria da Penha seja bastante conhecida, nem sempre sua aplicação é suficiente. Primeiramente, porque ainda existe uma grande dificuldade de a mulher denunciar o agressor, quer pelo sentimento de vergonha, por medo ou até mesmo por acreditar na mudança do ofensor. Outrossim, a justiça ainda não é totalmente eficaz na proteção desse tipo de violência contra a mulher, visto que a penalização desse delito ainda carece de melhor atenção por parte do Poder Público, seja através de medidas de políticas públicas, seja por uma melhor execução do cumprimento da sanção prevista em lei.

2. A CRIMINALIZAÇÃO DO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI Nº 13.641/18

Na data de 03 de abril de 2018, foi publicada a Lei nº 13.641/18, que introduziu o artigo 24-A na Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha, criando o delito de descumprimento de medidas protetivas.

Assim dispõe o artigo 24-A⁶:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

Inicialmente, é fundamental discriminar o que são as medidas protetivas de urgência, previstas na Lei Maria da Penha. As medidas protetivas foram alguns dos meios encontrados

⁵PERES, Maria Luiza A. S. *Pesquisa aponta que 98% das mulheres conhecem a Lei Maria da Penha*. Jaguariúna, SP. *Gazeta Regional*, 10/08/2011. Disponível em <<http://www.gazetaregional.com.br/index.php/primeiro-caderno/gazeta-policial/1256-pesquisa-aponta-que-98-das-mulheres-conhecem-a-lei-maria-da-penha.html>> Acesso em: 24 abr. 2019.

⁶BRASIL, op. cit., nota 04.



pele legislador para tentar reprimir a violência contra as mulheres e proteger as vítimas do seu ofensor.

Na forma do artigo 1º da Lei nº 11.340/06, a violência doméstica e familiar contra a mulher é “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.”⁷

O artigo 2º, também da Lei nº 11.340/06, dispõe que:

[...]Toda mulher, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe assegurada as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social[...].⁸

Tendo como base a referida Lei e diante da expansão da violência doméstica e familiar no país, as medidas protetivas se tornaram fundamentais para a vivência da mulher na sociedade. Por consequência, essas medidas podem ser deferidas de forma imediata, ou seja, de ofício pelo magistrado, ou a requerimento do Ministério Público ou da própria vítima. Ressalte-se que a vítima pode estar ou não acompanhada por advogado, em razão da gravidade da situação e as medidas protetivas até mesmo serem concedidas, independentemente de audiência entre as partes.

As medidas protetivas de urgência são divididas em duas espécies e possuem previsão nos artigos 22 e 23 da Lei Maria da Penha. A primeira espécie se dirige ao agressor, proibindo-o de realizar determinadas condutas, como, por exemplo, continuar no mesmo lar que a vítima ou realizar qualquer tipo de contato com a ofendida; e a segunda espécie se dirige a própria vítima – à mulher e aos seus dependentes, como: a recondução ao seu lar, o seu encaminhamento aos programas oficiais de proteção, entre outras.

É importante acentuar que tais medidas possuem rol exemplificativo e não taxativo, isto é, o juiz, analisando o caso concreto, poderá determinar qualquer outra medida que não esteja prevista na lei, mas que considere necessária para a proteção da mulher. Ademais, a própria lei permite que seja aplicada mais de uma medida protetiva ao mesmo tempo, logo, a imposição de uma não exclui a de outra.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

De acordo com a doutrina, a natureza jurídica das medidas protetivas é discutível. Segundo defende Lima⁹, não há uma concepção exata da natureza jurídica das medidas de proteção:

[...]A doutrina tem discutido sobre a natureza jurídica das medidas protetivas: segundo alguns, se for penal, as medidas pressupõem um processo criminal, sem a qual a medida protetiva não poderia existir; outros pregam sua natureza cível, de forma que elas só serviriam para resguardar um processo civil, como o de divórcio. Acessórias, as medidas só funcionariam se, e enquanto perdurar um processo principal, cível ou criminal. Entendemos que essa discussão é equivocada e desnecessária, pois as medidas protetivas não são instrumentos para assegurar processos. O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. E só. Elas não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Elas não visam processos, mas pessoas [...]

Para o Superior Tribunal de Justiça, as medidas protetivas possuem natureza jurídica cautelar cível satisfativa, devendo tais medidas serem desassociadas de outros processos, pois possuem como objetivo a proteção de pessoa humana. É o que pontua a seguinte jurisprudência¹⁰ do Tribunal:

[...]NATUREZA JURÍDICA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. NATUREZA CAUTELAR CÍVEL SATISFATIVA. MANUTENÇÃO DA EFICÁCIA INDEPENDENTE DA PROPOSITURA DE AÇÃO PRINCIPAL CONTRA O AGRESSOR. 1. Embora reconhecida a controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto à natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha reconhecida a natureza jurídica de cautelar cível satisfativa. 2. As medidas protetivas da Lei Maria da Penha podem ser pedidas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 3. Agravo conhecido e provido à unanimidade. PETIÇÃO Â – AGRAVO DE INSTRUMENTO. NATUREZA JURÍDICA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. NATUREZA CAUTELAR CÍVEL SATISFATIVA. MANUTENÇÃO DA EFICÁCIA INDEPENDENTE DA PROPOSITURA DE AÇÃO PRINCIPAL CONTRA O AGRESSOR. 1. Embora reconhecida a controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto à natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha reconhecida a natureza jurídica de cautelar cível satisfativa. 2. As medidas protetivas da Lei Maria da Penha podem ser pedidas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 3. Agravo conhecido e provido à unanimidade. (TJPI | Petição Nº 2014.0001.006431-1 | Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho | 2ª Câmara Especializada Criminal | Data de Julgamento: 11/05/2016). [...]

⁹LIMA, Fausto Rodrigues de. Dos procedimentos: arts. 13 a 17. In: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva Jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 329.

¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *PET 201400010064311 PI 201400010064311*. Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho. Disponível em < <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/386932059/peticao-pet-201400010064311-pi-201400010064311?ref=serp>>. Acesso em: 15 set. 2020.



A implantação realizada pela Lei nº 13.641/18, também pode gerar outra questão duvidosa. Caso o agressor descumpra mais de uma medida protetiva de urgência deferida pelo magistrado, deverá responder por concurso de crimes ou por crime único?

A doutrina¹¹ defende que ocorrendo o descumprimento simultâneo ou contínuo de diversas medidas protetivas fixadas na mesma decisão judicial, o agressor deverá ser responsabilizado por um único crime, considerando-se que o descumprimento é de uma ordem judicial como um todo, qual seja, a fundamentação do juiz para conceder tais medidas. Isso acontece para que não transcorra violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Embora tais medidas protetivas só possam ser outorgadas posteriormente à prática de um delito, a criminalização de seu descumprimento acaba concorrendo para a diminuição da violação da integridade física e moral da mulher, visto que o agressor passa a responder por dois crimes, o que o atemoriza – ainda que de forma ínfima – para a prática da conduta violenta.

Posto isto, é notório que a criminalização do descumprimento das medidas protetivas de urgência contribuiu para a segurança e proteção das mulheres que vivem em sociedade, tendo sido um aperfeiçoamento trazido pelo legislador em prol, principalmente, do princípio da dignidade da pessoa humana, que é previsto no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.¹²

3. A DISCUSSÃO ACERCA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DA JUSTIÇA COMUM OU DO JUIZADO ESPECIAL EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NA LEI Nº 13.641/18

Com a alteração sofrida pela Lei nº 11.340/06 - Lei Maria da Penha, que recebeu a inclusão do artigo 24-A pela Lei nº 13.641/18, ocorreram vários debates sobre a inovação legislativa concernente a criminalização do descumprimento de decisão judicial das medidas protetivas de urgência.

Até a criação da Lei nº 13.641/18, doutrina e jurisprudência destoavam o entendimento sobre a consequência do agente que descumpria as medidas protetivas de urgência impostas

¹¹GARCEZ, William. *Comentários sobre a Lei 13.641/18: A criminalização do descumprimento de medida protetiva de urgência da Lei Maria da Penha. Jus Navegandi*, Teresina, 10 abr. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65222/comentarios-sobre-a-lei-13-641-18-a-criminalizacao-do-descumprimento-de-medida-protetiva-de-urgencia-da-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 15 set. 2020.

¹²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.



pelo juízo. Existiam duas correntes sobre o tema, que discutiam se o delito praticado deveria ser considerado como crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal.¹³

Para a primeira corrente - defendida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e doutrina majoritária – o descumprimento de medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha não configura crime de desobediência. Segundo a Corte, para configurar o delito em espécie, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, é fundamental que não exista a previsão de uma punição específica em caso de descumprimento. Dessa forma, a conduta é considerada atípica, visto que existe previsão das consequências para o descumprimento, seja na esfera cível, administrativa ou processual penal.¹⁴

A segunda corrente – defendida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal – considerava a tese de que o descumprimento de medida protetiva imposta por decisão judicial se adequava ao tipo penal previsto no artigo 330 do Código Penal, isto é, tratava-se de desobediência à ordem legal de funcionário público, com pena de detenção, de quinze dias a seis meses, e multa. Assim dispõe a decisão do TJDF¹⁵ reconhecendo o crime:

[...] o descumprimento de medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha configura crime de desobediência, porquanto as medidas legais que podem ser aplicadas no caso da prática de violência doméstica e familiar, sejam as previstas na legislação processual civil (caput e §§ 5º e 6º do artigo 461 do CPC, por força do que dispõe o § 4º do artigo 22 da Lei Maria da Penha) ou na legislação processual penal (prisão preventiva, de acordo com o inciso III do artigo 313 do CPP), não têm caráter sancionatório, mas se tratam, na verdade, de medidas de natureza cautelar, que visam, portanto, assegurar a execução das medidas protetivas de urgência [...].

Com a edição da Lei nº 13.641/18, a discussão acima se encerra, em razão da criação de um tipo penal específico para os casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Assim sendo, o artigo 24-A da Lei Maria da Penha pune com detenção, de três meses a dois anos, o agente que desrespeita decisão proferida em juízo referente a providências que protegem a mulher que sofre de violência doméstica. Ressalte-se que o delito praticado possui natureza de crime próprio, haja vista só poder ser realizado por aquele as quais as medidas de proteção foram definidas.

¹³BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.374.653-MG*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25033723/recurso-especial-resp-1374653-mg-2013-0105718-0-stj/inteiro-teor-25033724>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

¹⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Embargos Infringentes 2013.06.1.000280-8*. Relator: Humberto Adjuto Ulhôa. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/210770628/recurso-em-sentido-estrito-rse-20140111476383?ref=serp>>. Acesso em: 25 ago. 2020.



Em razão do núcleo do tipo penal ser o verbo “descumprir”, é totalmente evidente que a conduta do agente deve ser dolosa, sendo o tipo culposo impossível de ser admitido. É necessário a presença do dolo do agente de desrespeitar a decisão judicial imposta, com vontade livre e consciente para a ocorrência do novo tipo penal previsto no artigo 24-A da Lei Maria da Penha. O agente deve ter o discernimento de que seu comportamento causa prejuízo a integridade física e moral da vítima de violência doméstica.

Com relação a pena prevista no tipo legal – detenção, de três meses a dois anos, é passível a controvérsia se o delito deve se enquadrar na definição de crime de menor potencial ofensivo, sendo admitido os benefícios previstos na Lei nº 9.099/95. Nesta senda, existem duas correntes que analisam o tema.

A primeira corrente¹⁶ defende que a Lei Maria da Penha proíbe a aplicação dos benefícios previstos na Lei nº 9.099/95, em razão dos delitos envolverem violência doméstica e familiar contra a mulher, ou seja, é a violência que descaracteriza a aplicação de medidas sem cunho sancionatório. Sendo assim, numa interpretação extensiva, o crime de descumprimento de medidas protetivas não deixa de configurar uma forma de violência existente, ainda que não seja propriamente uma violência física, mas sim um modo de constrangimento em relação a ofendida.

Em contrapartida, a segunda corrente¹⁷ argumenta que os benefícios despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 pode ser aplicado no caso de descumprimento de medidas protetivas, pois o desrespeito a decisão judicial não se caracteriza como violência doméstica a mulher, e sim um delito praticado contra a Administração Pública. Trata-se de uma violação a uma deliberação imposta pelo juízo, não sendo possível a ampliação do texto expresso no artigo 41 da Lei Maria da Penha¹⁸. Sendo os benefícios de natureza penal, somente as infrações penais cometidas com violência doméstica poderia ser o impedimento para a aplicação de tais direitos.

Saliente-se que a segunda corrente é a mais adotada pela doutrina. Isso, em razão da vedação de fiança pela autoridade policial, que coaduna com o entendimento de que foi intencional pelo legislador a retirada do artigo 24-A da Lei Maria da Penha como crime de menor potencial ofensivo, assim como advém todos os delitos praticados com violência

¹⁶RESTANI, Diogo Alexandre. *A Lei dos Juizados Especiais Criminais e a Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-lei-dos-juizados-especiais-criminais-e-a-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 09 fev. 2021.

¹⁷CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.641/18: Tipifica o crime de desobediência a medidas protetivas*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/04/lei-13-64118-tipifica-o-crime-de-desobediencia-medidas-protetivas/>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 04.



doméstica a mulher. À vista disso, cabe somente ao juiz a verificação do cabimento ou não da fiança.¹⁹

A competência para aplicação das medidas protetivas de urgência pelo juízo cível também foi uma inovação trazida pela Lei nº 13.641/18. O artigo 24-A, em seu parágrafo 1º, dispõe que a configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. Note-se que o Superior Tribunal de Justiça já considerava essa possibilidade:

²⁰[...]DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. 'O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas' (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). [...].

Isto posto, na ocorrência de descumprimento de medida protetiva de urgência outorgada por qualquer dos juízos – criminal ou cível – caberá a prisão em flagrante do agente, com a posterior condução a autoridade de polícia para lavratura do auto de prisão.

Na forma do §2º do artigo 24-A da Lei Maria da Penha, somente a autoridade judiciária poderá conceder fiança na hipótese de prisão em flagrante. Esse dispositivo acaba sendo uma forma de restrição feita pelo legislador ao disposto no Código de Processo Penal. É sabido que o artigo 322, caput, do CPP dispõe que a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos. Na hipótese do delito incluído pela Lei nº 13.641/18, isto é, descumprimento de medida protetiva, somente o juiz poderá conceder a fiança, ainda que seja a pena imputada inferior a quatro anos.

¹⁹CUNHA, op. cit., nota 17.

²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.419.421 GO*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25044002/recurso-especial-resp-1419421-go-2013-0355585-8-stj/inteiro-teor-25044003>>. Acesso em: 30 ago. 2020.



Por último, o §3º do artigo 24-A, estabelece que o descumprimento de decisão judicial imposta não elimina que outras sanções sejam cominadas. Dessa forma, o agente poderá ter a prisão preventiva decretada pela violência doméstica anteriormente cometida.

Destarte, a criminalização do descumprimento de medidas protetivas de urgência materializado pela Lei nº 13.641/18 foi uma inovação positiva para a segurança da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Embora não seja inibidora da conduta do agente de praticar a violência, a lei acaba diminuindo que a agressão ocorra por mais vezes. O acusado, além de responder pela violência ocasionada contra a vítima, também poderá ser responsabilizado se descumprir a decisão outorgada pela autoridade judicial que se destina a proteção da integridade da ofendida e seus direitos fundamentais garantidos no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.²¹

CONCLUSÃO

Esse estudo verificou, como questão essencial, a violência doméstica sofrida por mulheres e as mudanças realizadas na legislação para combater esse tipo de constrangimento social. O conteúdo versa sobre as medidas protetivas de urgência criadas pela Lei nº 13.641/18, com sua conseqüente incorporação na Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha. A grande questão da pesquisa é justamente a discussão sobre de quem é a competência para julgar o delito adicionado à Lei Maria da Penha.

De um lado, juristas entendem que a competência para julgar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência é da Justiça Comum, isto é, o próprio Juízo Cível, através da figura do magistrado, possui aptidão para deferir tais medidas de proteção. Isso, em razão de se tratar de um delito de cunho social que envolve não somente a integridade física/psicológica da própria mulher, mas a integridade das diversas pessoas que convivem com essa situação de violência. Em contrapartida, há quem entenda que a competência é somente do Juizado Especial de Violência Doméstica, justamente por se tratar de um delito consectário da Lei Maria da Penha, lei essa que protege as mulheres vítimas de violência doméstica. Assim, somente o juízo criminal poderia deferir as medidas protetivas de urgência, entre elas a prisão em flagrante do agente.

Com o estudo realizado no decorrer da pesquisa, foi possível chegar a conclusão que as atuais decisões judiciais entendem que a competência para julgar o descumprimento de

²¹BRASIL, op. cit., nota 12.



medidas protetivas cabe a qualquer juízo, justamente por se tratar de um assunto que visa a segurança da mulher em sociedade e se tratar de uma forma de recriminar o agente fomentador da infração de violência doméstica.

Na prática, é notório que os Tribunais tentam proteger a mulher vítima de violência doméstica. Criminalizar o descumprimento das medidas protetivas de urgência é só mais uma das formas para tentar inibir o agressor de praticar condutas lesivas. Ratifica-se que existem diversas medidas de proteção no ordenamento jurídico, como: afastamento do lar, proibição de contato com a ofendida, limite mínimo de distância entre agressor e a vítima, entre outras.

Ficou evidente, por essas razões, que a inovação legislativa trazida ao ordenamento jurídico possui uma grande valia para a proteção da dignidade da mulher, sendo mais uma medida tomada pelo legislador em conjunto com o judiciário com o objetivo de intervir em relações domésticas consideradas abusivas e prejudiciais a integridade da mulher. A violência doméstica precisa ser combatida e cada mudança realizada em prol da segurança das mulheres é de grande valia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Folha Informativa - *VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES*. Organização Pan-Americana da Saúde, Organização Mundial da Saúde. Nov. 2017. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5669:folha-informativa-violencia-contra-as-mulheres&Itemid=820>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

_____. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Lei nº 13.641*, de 3 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *PET 201400010064311 PI 201400010064311*. Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho. Disponível em <<https://tj->



pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/386932059/peticao-pet-201400010064311-pi-201400010064311?ref=serp>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.374.653-MG*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25033723/recurso-especial-resp-1374653-mg-2013-0105718-0-stj/inteiro-teor-25033724>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.419.421 GO*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25044002/recurso-especial-resp-1419421-go-2013-0355585-8-stj/inteiro-teor-25044003>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

CORTÊS, Iáris Ramalho Cortês; MATOS, Myllena Calasans de. *Lei Maria da Penha: do papel para a vida*. Comentários à lei 11.340/06 e sua inclusão no ciclo orçamentário. Brasília: CFMEA – Centro Feminista de Estudos e Assessoria, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.641/18*: Tipifica o crime de desobediência a medidas protetivas. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/04/lei-13-641-18-tipifica-o-crime-de-desobediencia-medidas-protetivas/>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

GARCEZ, William. *Comentários sobre a Lei 13.641/18*: A criminalização do descumprimento de medida protetiva de urgência da Lei Maria da Penha. *Jus Navegandi*, Teresina, 10 abr. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65222/comentarios-sobre-a-lei-13-641-18-a-criminalizacao-do-descumprimento-de-medida-protetiva-de-urgencia-da-lei-maria-da-penha.>> Acesso em: 15 set. 2020.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Dos procedimentos: arts. 13 a 17. In: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva Jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PERES, Maria Luiza A. S. *Pesquisa aponta que 98% das mulheres conhecem a Lei Maria da Penha*. Jaguariúna, SP. *Gazeta Regional*, 10/08/2011. Disponível em <<http://www.gazetaregional.com.br/index.php/primeiro-caderno/gazeta-policia/1256-pesquisa-aponta-que-98-das-mulheres-conhecem-a-lei-maria-da-penha.html>> Acesso em: 24 abr. 2019.

RESTANI, Diogo Alexandre. *A Lei dos Juizados Especiais Criminais e a Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-lei-dos-juizados-especiais-criminais-e-a-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 09 fev. 2021.

A APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO NA PARTILHA DE BENS NA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E A EQUIPARAÇÃO COM O INSTITUTO DO CASAMENTO

Bruno George Soares Neves

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Letras pela Fundação Educacional da Região dos Lagos. Pós-graduado em Direito Empresarial pela IBMEC. Professor e advogado.

Resumo – o direito brasileiro vem caminhando para uma evolução no que tange às uniões informais, formadoras de base familiar no país: a união estável. O percurso histórico da união estável é conturbado, sendo considerado, por muito tempo, um instituto de menor importância, cujos direitos não eram equiparados aos do casamento. Com o advento da Constituição de 1988, a união estável recebe posição de destaque, sendo alçado ao mesmo patamar jurídico do casamento. No entanto, ainda persistem controvérsias jurídicas, em especial, em relação ao regime de partilha referente à união estável. Essa problemática encontra maior contenda, no que diz respeito à aplicação no tempo da respectiva lei que trata do assunto, uma vez que deve versar não só sobre as novas uniões estáveis, as quais surgem após sua promulgação, mas também sobre as uniões estáveis já existentes. Nesse segundo caso, residem divergências sobre a sua correta aplicação, objeto do presente estudo.

Palavras-chave – Direito de Família. União estável. Companheiro. Companheira.

Sumário – Introdução. 1. A relevância do instituto da união estável para o Direito nacional 2. O advento da Lei nº 9.278/96 e a questão temporal para o procedimento da partilha de bens em união estável 3. Da disposição dos bens na constância da união estável. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo revisitar a temática da união estável e sua evolução ao longo das últimas décadas no ordenamento jurídico brasileiro para, posteriormente, demonstrar como deve ser feita a divisão de bens à luz da atual Constituição e do atual Código Civil. A aplicação da partilha de bens, ao longo dos anos 1990, foi fonte de muitas dúvidas, sobre como se deveria proceder. Embora a Constituição seja expressa em seu comando de equiparação entre todos os moldes de família, entre elas, o casamento e a união estável, a mesma simplicidade e objetividade de entendimento não foi encontrada ao se aplicar as leis infraconstitucionais que davam expressão à norma de eficácia contida.

Uma das primeiras contendas acerca do tema é no tocante à aplicação da norma no tempo, uma vez que, com o advento das leis que vieram a reger a partilha de bens, há tese que milita no sentido de que haveria o empecilho do direito adquirido, proibindo a aplicação de lei



nova a fato jurídico já existente de forma contínua ao longo do tempo. Há, no entanto, entendimento no sentido contrário, argumentando não ser possível sustentar tal argumentação. A resolução para essa questão será proposta com base em análise doutrinária e, sobretudo, jurisprudencial.

Nessa esteira, o artigo ainda aborda a problemática do artigo 1790 do Código Civil e seu inciso terceiro: sua validade jurídica e desdobramentos sobre a questão da partilha de bens. O referido dispositivo legal afeta diretamente a temática ora em apreço, uma vez que dispõe preceito que, conforme aponta a doutrina, apresenta prejuízo para a união estável por tratá-la de forma desigual e inferior, se comparada ao casamento, em matéria de partilha de bens. Dessa feita, o presente trabalho também visa a propor uma adequada solução a esse tema subjacente, que repercute diretamente na partilha de bens na união estável.

O primeiro capítulo desse trabalho tem como escopo analisar justamente o desenvolvimento do instituto união estável no direito pátrio. Aponta as primeiras ocorrências do instituto, ainda sob um viés um tanto quanto marginalizado, no direito, posto em uma flagrante posição de inferioridade, se comparado às instituições de casamento. Esse capítulo, portanto, joga luz à evolução do instituto, de posição marginalizada à sua atual posição de igualdade ao casamento, como declara a Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, aborda-se a questão da aplicação da Lei da União Estável 9278/96 no tempo. O debate é de extrema importância, pois versa sobre a disposição de bens de companheiros após a partilha ocorrida ao fim de uma união estável. O fato de a lei ter sido promulgada quase uma década depois da Constituição de 1988 gerou dúvidas sobre a sua correta aplicação. O capítulo faz uma análise, embasada em doutrina e jurisprudência, visando a oferecer a mais correta aplicação da lei no tempo, sobretudo para os casos de longas uniões estáveis, atravessando período temporal anterior e posterior à lei.

Por fim, no último capítulo, ocorre a abordagem da disposição dos bens em razão da morte de um dos dois companheiros. O Código Civil cuidou de prescrever uma gama de possibilidades de regimes voltados a comandar a disposição dos bens na duração de um casamento. No tocante à união estável, as disposições desse mesmo codex eram breves e insatisfatórias. Mais uma vez, fez-se necessária a disposição de legislação específica somada a uma contínua construção jurisprudencial, o que resultou em maior segurança jurídica no que concerne à disposição dos bens de companheiros unidos na união estável.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o intuito de comprová-las como



solução adequada para o caso em apreço. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para corroborar com a presente tese.

Por suposto, esse artigo não visa a esgotar o tema, mas tão somente fazer uma retrospectiva sobre os temas referentes à união estável, abordando especificamente a questão da partilha da união estável e oferecendo propostas juridicamente viáveis para que a referida partilha se realize dentro de parâmetros justos e compatíveis com os preceitos constitucionais.

1.A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO UNIÃO ESTÁVEL PARA O DIREITO NACIONAL

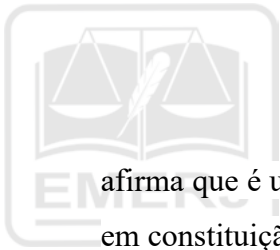
A união estável é um instituto jurídico de grande relevância no cenário jurídico-social do Brasil. Surgiu como uma necessidade inata das demandas sociais, uma vez que tem caráter notoriamente mais informal (o melhor seria dizer: menos burocrático) quando comparada ao casamento, o que retrata grande parte das formas de relacionamentos instituídas em nosso país. Ainda que tão somente nas últimas décadas a união estável tenha recebido maior dedicação, o referido instituto faticamente já existe há bastante tempo, o que comprova a necessidade de um olhar legislativo e jurisprudencial mais acurado e atencioso para com essa realidade.

A própria definição de união estável vem sofrendo alterações ao longo do tempo. Edgar de Moura Bittencourt¹, nos anos 1970, definia-a como “esposa de fato, respeitável, em verdadeira posse do estado de casada, é que admito a designação de companheira à concubina honesta e de longa ligação com o homem que a respeita e impõe seu respeito a todos”. Pode-se ver, em linhas gerais, uma definição ainda carregada de valores de sua época. A referência ao concubinato, mas de modo ressalvado pelo adjetivo “honesto” reforça o teor de que a união estável era tida como algo inferior ao casamento.

Hodiernamente, as definições são expressamente mais compatíveis com o princípio de dignidade da pessoa humana e o espírito de equiparação entre ambas as instituições: casamento e união estável. A definição de Washington de Barros Monteiro², atualizada,

¹BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Alimentos*. 4. ed. São Paulo: LEUD, 1979, p. 115.

²MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 37. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30.



afirma que é uma relação lícita, ou seja, sob a guarda e proteção legal, entre homem e mulher, em constituição de família.

Nessa definição, Monteiro³ emite outra carga valorativa; ressalta sua proteção legal e a sua legitimidade para a constituição de uma família, características pertencentes também ao casamento. Ademais, o autor remove a visão pejorativa e desprestigiada que antigamente havia ao se reduzir a união estável aos termos de concubinato.

O concubinato, a seu turno, referia-se a relações entre um homem e uma mulher que não gozavam de status de matrimônio e não gozava de proteção legal. Era usada para rotular um casal que não podia se casar por impedimentos legais, como já ter sido casado.

Também era frequentemente associado a *status* de infidelidade (relação amorosa extra conjugal). Termos como “impuro” e “puro”, atribuídos ao concubinato entre homem e mulher desimpedidos, o primeiro, e a relação extra conjugal, o segundo, corroboram a concepção de juízo de valor reprovável que esse instituto tinha, bem como seu pouco prestígio. Vale ressaltar que o concubinato puro (o tolerável) é o precursor da atual união estável.

Com o advento da constituição democrática de 1988, o cenário sócio-jurídico nacional obteve diretrizes com caráter muito mais social e humanístico do que os documentos anteriores. A Carta Magna atual possui um corpo extenso prescrevendo diversos comandos que são endereçados a equiparação de direitos e igualdade material entre brasileiros.

O artigo 226 da Constituição Federal equiparou a união estável entre homem e mulher ao casamento. O parágrafo 3º acrescenta⁴ que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Esse dispositivo constitucional foi um marco no direito brasileiro, pois finalmente atribuiu à união estável, longe de qualquer sombra de dúvidas, o status de instituto familiar equiparado ao casamento. Como o artigo 226 é uma norma de eficácia limitada de princípio programático, novas leis surgiram a versar mais especificamente sobre o tema.

A primeira lei relevante na temática da união estável foi a Lei nº8.971⁵, de 29 de dezembro de 1994. Dispondo acerca de alimentos e sucessão na constância da união estável, essa lei foi um precioso passo na evolução do tratamento equiparado entre união estável e casamento. Porém, apresentava ainda alguns pontos criticáveis, como a exigência do decurso

³Ibid.

⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2020.

⁵BRASIL. *Lei nº 8.971*, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18971.htm>. Acesso em: 19 set. 2020.



de cinco anos para que tal relação pudesse receber o referido status. Dois anos depois, a Lei nº 9.278⁶, de 10 de maio de 1996, derogou a anterior. O fato de não trazer nenhuma exigência de decurso temporal, como estatui seu art. 1º marcou um grande avanço em termos de equiparação com o casamento.

O Código Civil⁷ de 2002, como diploma civilista de maior expressividade, não poderia deixar de dispor sobre o tema. Em seu artigo 1.723, repetiu o artigo 1º da Lei nº 9.278/96⁸, o qual estatui que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Veem-se nesse dispositivo os elementos constitutivos da união estável. Já o art. 1.724, estabelece que as relações entre os companheiros devem se pautar pelos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos. Nesse artigo direcionado aos tratos de companheiros, veem-se mais uma vez reforçados os valores de base familiar, o que corrobora o entendimento de equiparação entre casamento e união estável, prescrito pela Constituição.

Reforçando ainda o entendimento constitucional pelo tratamento igual entre casamento e união estável, as jurisprudências do STF e STJ vieram consolidar o tratamento em igual prestígio à companheira. Em julgado no ano 1998, por exemplo, há o entendimento jurisprudencial de que a companheira em convivência *more uxorio* é equiparada à esposa para fins de participação no patrimônio deixado pelo companheiro. Dispõe o texto do julgado da seguinte forma⁹:

[...] constatada a contribuição direta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência “*more uxorio*”, contribuição consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos, admissível o reconhecimento da existência de sociedade de fato e conseqüente direito à partilha proporcional [...].

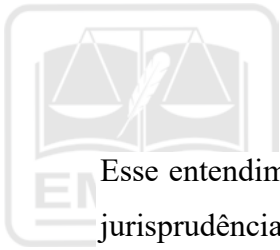
Esse julgado é um, dentre vários julgados dos anos 1990, que ilustra perfeitamente a fundamentação da companheira(o) como sujeito de direitos iguais ao das pessoas casadas.

⁶BRASIL. *Lei nº 9.278*, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 19 set. 2020.

⁷BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 19 set. 2020.

⁸BRASIL, op. cit., nota 5.

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 183.718-SP*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19725747/recurso-especial-resp-183718-sp-1998-0055882-9/relatorio-e-voto-104516971>>. Acesso em: 19 set. 2020.



Esse entendimento é crucial na seara de sucessão de bens, tal como será exposto a seguir. A jurisprudência, conforme bem ressalta Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰, mostrou-se uma fonte imprescindível para o tratamento desse tema, uma vez que a lei deixou vários espaços em aberto, de forma que apenas a justa e acurada análise do caso concreto pudesse dirimir tais questões.

2. O ADVENTO DA LEI Nº 9278/96 E A QUESTÃO TEMPORAL PARA O PROCEDIMENTO DA PARTILHA DE BENS EM UNIÃO ESTÁVEL

A união estável, à luz da Constituição¹¹ de 1988, e com o advento de legislações específicas recentes, como o Código Civil, alcança, finalmente, equiparação material com o casamento. No entanto, isso não representa ausência de conflitos e contradições na aplicação do direito ao tema, em especial quando se trazem à baila questões de ordem patrimonial.

A união estável, por ser um instituto de fato, dispensa, na maioria das vezes, documento que a formalize, a exemplo da escritura pública para os casamentos. Ressalte-se que há a possibilidade de se firmar contrato de convivência, o que não é obrigatório e é pouco observado na prática. Dessa forma, surgem várias controvérsias no que diz respeito à aplicabilidade do direito ao caso concreto no que toca à questão patrimonial dos companheiros em união estável.

Um primeiro impasse relevante é a aplicabilidade da referida Lei nº 9.278/96¹². Esse diploma legal, em seu artigo. Essa lei conferiu a presunção legal de comunhão dos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, aos moldes do que acontece no regime de separação parcial de bens (art. 1.658 do Código Civil¹³).

Anteriormente à essa lei, cada companheiro só teria direito aos bens adquiridos por esforço próprio, devidamente comprovado. Se tivesse participação na aquisição de um bem comum, para amealhá-lo deveria comprovar judicialmente. Esse entendimento era inclusive sumulado (enunciado de súmula nº 380, do STF¹⁴), mas que agora está superado.

Nitidamente essa diferenciação dispensada à união estável era incompatível com os preceitos do art. 226 da Constituição Federal¹⁵, pois não havia equiparação entre o casamento

¹⁰PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 202.

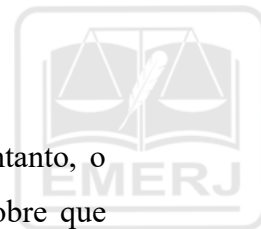
¹¹BRASIL, op. cit., nota 2.

¹²BRASIL, op. cit., nota 5.

¹³BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 380*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 19 set. 2020.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 3.



e a união estável. O casamento, nesse aspecto estava muito mais protegido. No entanto, o advento da Lei nº 9.278/96¹⁶ não pôs fim a essa celeuma. A dúvida que surge é sobre que tratamento deve ser aplicado aos bens adquiridos no lapso temporal anterior à lei em questão.

A união estável, atualmente, tem sua previsão legal disciplinada no art. 1.723 do Código Civil¹⁷. A previsão desse código para as pessoas que vivam sob união estável é que, para os efeitos de partilha, obedeça-se ao prescrito pelo art. 1.725. Este dispositivo estipula o regime de comunhão parcial como o padrão para a união estável. Apenas se, pela autonomia da vontade, as partes – companheiros – dispuserem diferentemente, esse outro regime eleito irá vigor. Não o fazendo, a presunção pela comunhão parcial é tida. Vale a pena lembrar que, conforme preceitua o art. 1.658 do Código Civil¹⁸, o regime parcial torna presumido todos os bens adquiridos na constância do casamento como bens em mancomunhão, ou seja, de propriedade comum aos dois cônjuges (ou aos dois companheiros, no caso da união estável).

Embora o Código Civil¹⁹ goze de principal diploma a reger a união estável, esse comando normativo acerca da separação parcial de bens aplicado à união estável, como supramencionado, data da promulgação do diploma de 1996. O advento desta lei inicia o marco legal para que a dissolução de uma união estável obrigue a partilha a ser feita em duas partes iguais. O mesmo não poderá ser aplicado para uniões estáveis que tenham perdurado por lapso de tempo que cubra o período anterior a esse marco.

Dessa feita, companheiros que se separem antes do advento da lei, mas a partilha só tenha sido concretizada posteriormente a esta mesma lei, terá a divisão dos bens feita nos moldes anteriores, isto é, cada um deverá comprovar seu esforço na aquisição do bem, pois o esforço mútuo não será presumido. O mesmo ocorrerá para casos mistos, em que a união estável tenha perdurado por tempo que cubra momento anterior e momento posterior ao advento da lei. Aos bens adquiridos anteriormente, aplica-se a exigência da comprovação do esforço comum, consoante com a súmula 380, do STF²⁰; aos bens posteriores, aplica-se a divisão presumida para proceder à meação.

Esse entendimento já está consolidado na jurisprudência do STJ²¹. Como embasamento legal, remonta ao artigo 14 do Código de Processo Civil²², que prescreve que a

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁸Ibid.

¹⁹Ibid.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 12.

²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.124.859-MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/07/REsp-1.124.859-MG.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2020.



norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. Desse modo, não se pode aplicar um determinado dispositivo legal para relações jurídicas constituídas anteriormente à sua vigência, sob pena de ferir o direito adquirido e fragilizar a segurança jurídica.

Sobre a irretroatividade da lei, os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves²³ são precisos ao afirmar que irretroativa é a lei que não se aplica às situações constituídas anteriormente. O doutrinador ressalva que isso se dá como forma de assegurar a certeza, a segurança e a estabilidade do ordenamento jurídico-positivo. Acrescenta²⁴ ainda:

[...] Constituição Federal de 1988 (art. 5º XXXVI) e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro afinadas com a tendência contemporânea, adotaram, com efeito, o princípio da irretroatividade das leis, como regra (...). Acolhe-se a teoria de Gabba de completo respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. Assim, como regra, aplica-se a lei nova aos casos pendentes (factapendentia) e aos futuros (facta futura), só podendo ser retroativa, para atingir fatos já consumados, pretéritos (factaproeterita), quando: a) não ofender o fato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada; b) o legislador expressamente mandar aplicá-la a casos pretéritos [...].

Depois de aclarada explicação, resta inquestionável a dupla disposição legal a qual a divisão patrimonial deve ser submetida. Não há nenhuma ressalva por parte do legislador determinando que a Lei nº 9.278/96²⁵ retroaja e, caso o aplicador da lei deliberadamente o fizesse, estaria a ofender fato jurídico perfeito, maculando as relações de segurança

Com base nas lições de Maria Helena Diniz²⁶, a titularidade dos bens se consuma no momento da respectiva aquisição, tornando-se um ato jurídico perfeito. A pessoa que adquiriu o bem se tornou titular de um direito adquirido. Logo, essa aquisição, esse negócio jurídico, estará imune à nova legislação, que não poderá retroagir para interferir nesse patrimônio.

3. DA DISPOSIÇÃO DOS BENS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL

Haja vista o supra exposto sobre a constituição da união estável, pôde-se compreender que ela galgou diversos degraus rumo a se equiparar com a instituição do

²²BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

²³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 83-84.

²⁴Ibid.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 5.

²⁶DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 135-136.



casamento. Isso, no entanto, não é o suficiente para considerar tema pacificado. A disposição dos bens na constância da união estável ainda suscita algumas dúvidas, as quais são levadas frequentemente à sede da justiça.

Uma dessas dúvidas diz respeito à sucessão por *causa mortis*, em regra, devem ser aplicadas as mesmas regras da sucessão *causa mortis* do cônjuge. O STF, inclusive, fixou a seguinte tese²⁷: no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil²⁸.

Tal discussão se fez extremamente necessária por conta de uma disposição legal emanada do Código Civil²⁹ que tinha caráter redutivo em relação à união estável, indo de encontro ao prescrito na Constituição Federal³⁰.

Para perfeita conclusão sobre o tema em apreço, deve ser feita uma comparação sistemática entre as disposições legais que regem o casamento e a união estável. Desta feita, é imprescindível fazer breve referência ao prescrito ao casamento, no que tange a sucessão. Primeiramente, o cônjuge é herdeiro estável, conforme art. 1.845 do Código Civil³¹, portanto, via de regra, ao morrer, um cônjuge faz jus à herança do cônjuge falecido. O viúvo apenas não terá direito à herança, em havendo filho, a depender de prescrição específica do regime de bens adotado.

A regra consta do artigo 1.829 do Código Civil³², que prevê que a sucessão legítima é deferida obedecendo a uma determinada ordem de vocação hereditária. Nesse sentido, cabe destacar as lições de Quintella³³:

[...] devido à má redação da parte respectiva no art. 1.829, I surgiram *três correntes* (!) propondo a interpretação da regra acerca da concorrência do cônjuge — ou do companheiro — com os descendentes quando o regime de bens vigente era o da comunhão parcial.

Para uma primeira corrente, à qual me filio, só haverá concorrência se o autor da herança *houver deixado patrimônio particular*. Nesse sentido firmou-se o enunciado nº 270 na III Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF, e, em 2015, fixou-se o entendimento uniformizado do STJ.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*: Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em: 29 set. 2020.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁹Ibid.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 3.

³¹BRASIL, op. cit., nota 6.

³²Ibid.

³³QUINTELLA, Felipe. *Decodificando o Código Civil: a ordem de vocação hereditária e o inacreditável art. 1.829 (Parte II)*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/07/04/decodificando-o-codigo-civil-26-ordem-de-vocacao-hereditaria-e-o-inacreditavel-art-1-829-parte-ii/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.



Por sua vez, para Maria Berenice Dias, o ponto-e-vírgula que separa a referência ao regime de comunhão parcial de bens na parte final do dispositivo das exceções constantes na primeira parte implica que o comando posterior ao sinal de pontuação não pode ser interpretado como abrangido pela expressão “salvo se”. Logo, só haveria concorrência, ao contrário, se o cônjuge *não houver deixado bens particulares*.

Por fim, atuando como ministro convocado no STJ, o Des. Honildo Amaral de Mello Castro, no TJAP, posicionou-se no sentido de que, por interpretação teleológica, só deveria haver concorrência nos casos em que *não houver patrimônio comum*, vez que, do contrário, o cônjuge ou companheiro sobrevivente tem meação, não ficando desamparado pela morte do outro [...].

Ainda que confusa a redação do presente artigo, a doutrina majoritária entende que se trata da seguinte divisão: no regime da comunhão parcial de bens, se existirem bens particulares do falecido, regime da separação convencional de bens (é aquela que decorre de pacto antenupcial) e regime da participação final nos aquestos, o cônjuge herda em concorrência com os descendentes. Não herdará, entretanto, em concorrência com os descendentes, quando o regime for de comunhão parcial de bens, se não havia bens particulares do falecido, regime da separação legal (obrigatória) de bens (é aquela prevista no art. 1.641 do CC) e regime da comunhão universal de bens.

Assim sendo, em um caso hipotético, uma esposa herdaria concorrendo com os filhos (do casal, ou apenas do marido) se o casamento era regido por regime de separação convencional. Isso significa que a viúva terá direito à herança, junto aos filhos. Sob o regime de comunhão universal, no entanto, não teria direito a nenhuma herança, mas sim à meação, que já seria sua parte por direito.

Caso não deixe descendentes, mas se houver ascendentes, o cônjuge herdeiro deverá herdar em concorrência com os referidos ascendentes. Isso significa dizer que, além de sua meação, terá direito a um quinhão oriundo dos 50% que seria a meação do falecido cônjuge. Dentro desse valor de 50% herdará em divisão igual com os ascendentes. Um terço para cada um, por exemplo, se houver pai e mãe vivos. Havendo apenas um, 50% para cada um. Nesse último quadro, por exemplo, uma viúva poderia resultar com 75% do patrimônio que fora do casal. Seus 50% de meação mais a metade da parte total seu falecido marido. Haverá um cálculo de 50% somado a 25% do total originário.

Observe-se que na herança envolvendo ascendentes, esse cálculo ocorrerá independente do regime de bens do casal. A observância do regime só é relevante quando se há filhos envolvidos. Observe-se ainda que, se não houver ascendentes, o cônjuge herdará tudo.

Tendo em observação as normas supracitadas, emanadas do artigo 1.829 para o casamento, e fazendo as devidas comparações com as normas do artigo 1.790³⁴, que regem a sucessão em caso de união estável, observa-se flagrante prejuízo para o segundo caso. O inciso terceiro traz a possibilidade de que a companheira sobrevivente fique com apenas 1/3 enquanto, um único parente (um tio, por exemplo) fique com 2/3 da totalidade.

Houve, portanto, flagrante desrespeito a diversos princípios, entre eles: princípio da igualdade, dignidade da pessoa humana, princípio da vedação ao retrocesso e princípio da proporcionalidade. O artigo 1.790 do Código Civil³⁵ fere o princípio da igualdade, uma vez que trata diferentemente duas instituições que a Constituição de 1988 já as equiparou. Por ir de encontro com a essência da Constituição e as duas leis – Lei nº 8.971/94³⁶ e Lei nº 9.279/96³⁷ – que pregam total igualdade entre casamento e união estável, incide na violação da vedação ao retrocesso.

Nesse sentido, destaca-se que³⁸:

[...] ao analisar o Código Civil atual identifica-se que o mesmo, na parte especial que trata das sucessões, dá um tratamento diferenciado ao cônjuge em relação aos direitos sucessórios do companheiro.

Essa diferença na regulamentação da sucessão do cônjuge e do convivente fez surgir uma discussão no campo do direito acerca do tema, pois de um lado estão os que defendem a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CCB. Para eles se alcança a justiça, no Direito Sucessório, conferindo-se ao companheiro as mesmas regras sucessórias aplicadas ao cônjuge, tudo isso fundamentado nos princípios constitucionais, em especial o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social [...].

O princípio da proporcionalidade é ferido na modalidade à proibição à proteção deficiente; a proteção aos bens relativos ao companheiro supérstite ficam desprotegidos e isso fere a sua dignidade, incidindo na quarta das violações: violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, o Código Civil³⁹, nesse específico artigo mencionado, representou um retrocesso no tratamento do tema. Ao “desequiparar” as duas modalidades de família, impôs uma hierarquização entre elas, o que vai de encontro ao prescrito pelo parágrafo terceiro do

³⁴Ibid.

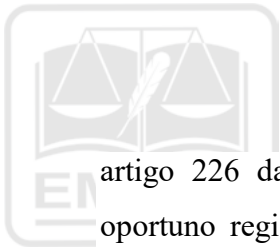
³⁵Ibid.

³⁶BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 5.

³⁸LEITE, Ricardo Machado Mendes. *Ponderações sobre a (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil à luz do direito civil-constitucional*. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-150/ponderacoes-sobre-a-in-constitucionalidade-do-artigo-1-790-do-codigo-civil-a-luz-do-direito-civil-constitucional/>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

³⁹BRASIL, op. cit., nota 6.



artigo 226 da Constituição⁴⁰, que estabelece a união estável como entidade familiar. É oportuno registrar que a essência da Constituição da República é dar igual visibilidade e equidade aos diversos modos de famílias existentes.

Dessa feita, o artigo 1.790 do Código Civil⁴¹ foi declarado inconstitucional pelo STF, que entendeu, em sede de recurso extraordinário⁴², submetido à repercussão geral, entendimento no sentido de que “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil”. Portanto, a situação de sucessão responsável por reger a condição do companheiro é o 1.829, o mesmo que dispõe sobre o casamento. A partir de agora, deve-se entender como “cônjuge e companheiro(a)” onde se lê “cônjuge.”

CONCLUSÃO

A união estável é um precioso instituto do direito brasileiro, já que rege numerosas relações entre casais, base de estrutura familiar, em um país em que nem sempre sua população tem acesso às formalidades de um casamento. Não reconhecer essa formatação de família, ou a reconhecer conferindo a ela forma diminuta e inferior, seria o mesmo que segregar a sociedade em grupos, nos quais os casados seriam mais protegidos e os companheiros menos detentores de direitos. Esse cenário representaria flagrante afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma vez que há, no direito, a expectativa de que ele se empenhe em acompanhar as evoluções da sociedade, e a sociedade brasileira evoluía mais e mais no sentido de normalizar o fenômeno da união estável (o famoso “morar junto”) como algo recorrente, diversos passos legislativos foram dados em direção a uma efetiva proteção da união estável.

Em fase pretérita à Constituição da República de 1988 já ocorreram as primeiras iniciativas nesse sentido, como diversas decisões jurisprudenciais firmando a intenção de se conceder *status* de unidade familiar aos casais/famílias formados com base na mera união permanente e duradora, erigindo-a a uma posição mais próxima ao casamento, e mais distante de um mero concubinato (que muitas vezes carregava o valor de “relacionamento de segundo escalão”).

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 6.

⁴²BRASIL, op. cit., nota 24.

No entanto, foi a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o grande divisor de águas para esse tema. A CRFB/88, explicitamente (art. 226, §3º) eleva a união estável ao mesmo patamar do casamento, para todos os efeitos. O cenário social nacional merecia ser devidamente refletido em sua Carta Maior, e assim o foi.

No entanto, a Carta Magna apenas estabelece o tema em parâmetros gerais. Era necessário que se fizessem pontuações específicas sobre o tema na legislação infra. Assim, surgiu a Lei nº 8.971/94, que disciplinava sobre o tema, mas que logo foi derogada pela Lei nº 9.279/96, sendo a legislação vigente sobre a temática.

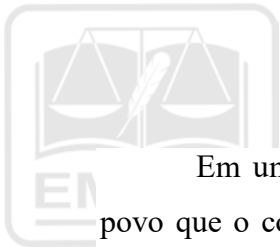
A problemática, no entanto, ainda não estava pacificada. Por mais que a equiparação de institutos estivesse amparada na Constituição e devidamente tratada em lei específica, surgiam ainda questões controversas levantadas por doutrina, jurisprudência e militantes do Direito brasileiro. Entre elas estava a questão da aplicação da lei no tempo.

Uma primeira dúvida que fora suscitada à promulgação da Lei nº 9.278/96, e os anos que seguiram, foi sobre qual seria a aplicabilidade adequada da lei. Embora seja de conhecimento difundido entre os aplicadores do Direito, que nova lei só incida para os casos posteriores, muitas das uniões estáveis ficavam em caráter híbrido.

Parte da sua constância se deu anteriormente à promulgação da lei e parte após. O STJ decidiu em prol de se preservar o direito adquirido, gerando, assim, dissoluções de união estável em caráter híbrido: aplicando-se a lei para o período posterior a ela, e o entendimento superado para a época anterior.

Um segundo problema jurídico associado ao tema, aparentemente já pacificado, foi a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, em particular, seu inciso terceiro. A redação do referido dispositivo significava retrocesso ao tema, uma vez que concedia menos proteção ao direito de sucessão do companheiro sobrevivente, se comparado ao direito conferido ao cônjuge (casamento), previsto no artigo 1.829 do mesmo código. Esse impasse chegou à Suprema Corte, a qual declarou a inconstitucionalidade do referido artigo 1.790, fazendo a força normativa do art. 1.829 amparar ambos os casos.

Por todo o exposto, a temática abordada na presente pesquisa, prova-se relevante e atual, à medida que ainda depois anos de prescrição constitucional inequívoca sobre a tutela jurisdicional equiparada para ambos os institutos (casamento e união estável), muitas contendas foram suscitadas, sendo necessária uma exegese analítica e atualizada, inspirada nos preceitos de equidade e dignidade da pessoa humana. A união estável se prova cada vez mais comum na atual sociedade.



Em um país em que a informalidade e a espontaneidade são um traço marcante do povo que o constitui, é fundamental que o direito se ocupe de preservar essas relações que pautam muitos dos lares e famílias do Brasil.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Alimentos*. 4. ed. São Paulo: LEUD, 1979.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 19 set. 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2020.

_____. *Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18971.htm>. Acesso em: 19 set. 2020.

_____. *Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 19 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.124.859-MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/07/REsp-1.124.859-MG.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 183.718-SP*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19725747/recurso-especial-resp-183718-sp-1998-0055882-9/relatorio-e-voto-104516971>>. Acesso em: 19 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF: Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 380*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 19 set. 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



LEITE, Ricardo Machado Mendes. *Ponderações sobre a (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil à luz do direito civil-constitucional*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-150/ponderacoes-sobre-a-in-constitucionalidade-do-artigo-1-790-do-codigo-civil-a-luz-do-direito-civil-constitucional/>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 37. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

QUINTELLA, Felipe. *Decodificando o Código Civil: a ordem de vocação hereditária e o inacreditável art. 1.829 (Parte II)*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/07/04/decodificando-o-codigo-civil-26-ordem-de-vocacao-hereditaria-e-o-inacreditavel-art-1-829-parte-ii/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.



A (IN)DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

Bruno Mychel de Lima Abreu

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Resumo – diante do emaranhado conjunto normativo em matéria penal, é frequente o emprego das técnicas de solução dos conflitos aparentes de normas desenvolvidas pela doutrina. Das soluções apontadas, é o princípio da consunção o mais nebuloso tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Nesse contexto, a essência deste trabalho é abordar essas principais divergências jurisprudenciais e doutrinárias, apontando bases dogmáticas para sua adequada aplicação de acordo com os princípios gerais da Ciência Penal.

Palavras-chave – Princípio da consunção. Conflito aparente de normas. Súmula nº 17 STJ. Antefato e pós-fato impuníveis.

Sumário – Introdução. 1. (In)definição doutrinária. 2. Divergências jurisprudenciais e a subversão do sistema jurídico penal na aplicação do princípio da consunção. 3. Uma correta compreensão e aplicação da consunção no caso concreto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o conflito aparente de normas penais, em especial a aplicação do princípio da consunção. Busca-se apontar as grandes divergências sobre o tema e, ao final, desenvolver uma correta aplicação do referido instituto.

Com a evolução da sociedade, tem sido cada vez mais comum a ampliação da tutela penal. Seja pelo reconhecimento de novos bens jurídicos, seja pela necessidade de maior controle social por meio da norma penal. Não se sabe se essa seria a vida adequada. Entretanto, o fato é que o rol de tipos penais sofre contínuos acréscimos.

Diante do amplo sistema normativo penal, é comum que uma conduta criminosa viole direta ou indiretamente mais de um tipo penal, violando mais de um bem jurídico. De maneira geral, para evitar a ocorrência de odioso *bis in idem*, a doutrina aponta como solução os princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção. Os primeiros não trazem maiores transtornos pois sua interpretação é eminentemente objetiva, o que não ocorre com o último.

O tema é limitado ao princípio da consunção, cujo objetivo no primeiro capítulo é apresentar seu âmbito de incidência e como o seu conceito é controvertido na doutrina. A maioria da doutrina trata sobre o tema. Todavia, o tema não é tratado com a profundidade devida, cujos conceitos apontados abrem espaço para diversos debates doutrinários e conflitos jurisprudenciais.



Merece destaque, nesse ponto, a importância de uma correta definição para uma adequada aplicação deste instituto, pois uma pessoa quando entregue ao poder judiciário estará submetido a uma extensa legislação, repleta de antinomias e contradições, que se não forem interpretadas de maneira adequada poderá dar ensejo a uma pena desproporcional, punindo o agente duas vezes pelo mesmo fato. Por outra via, bens jurídicos tutelados podem ser desprotegidos de maneira equivocada, acreditando o intérprete que uma conduta violadora de diversos tipos penais mereça incidência de um único tipo penal.

Nesse quadro, o presente trabalho busca demonstrar a importância do tema pouco debatido na doutrina. A principal finalidade é trazer à baila discussões não solucionadas pela doutrina, mas de grande repercussão prática.

No segundo capítulo é apresentado o quanto o tema é de grande incidência fática, mas controvertido na jurisprudência em conflitos normativos equivalentes. O mesmo tema é tratado de forma distinta nos tribunais brasileiros, gerando grande insegurança jurídica. No entanto, busca-se extrair pontos convergentes para construir, ao final, um sistema harmônico em nosso sistema penal.

Em que pese o Brasil ser orientado pelo sistema da *civil law*, cada vez mais a força dos precedentes se irradia pelo nosso sistema em busca de segurança jurídica. Em razão disso, é de extrema importância que seja apresentada e debatida tamanha desarmonia jurisprudencial em nossos tribunais buscando pontos comuns sobre o tema.

Por fim, o terceiro capítulo busca traçar de forma didática uma maneira adequada de se interpretar a norma penal diante de um conflito, o qual seja necessário um juízo positivo ou negativo de absorção de crimes. Para tanto, fundamenta-se nos pontos de convergência extraídos da doutrina balizada e da jurisprudência, dando ao exegeta formas de não subverter o sistema jurídico e aplicar de forma coerente o princípio da consunção.

A abordagem do objeto deste trabalho é por meio de uma pesquisa exploratória, porquanto o pesquisador pretende levantar informações sobre o tema principal, tratar dos seus problemas fáticos e se valer da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar a sua tese.

1. (IN)DEFINIÇÃO DOUTRINÁRIA

Na evolução histórica do Direito, sempre se buscou explicar, justificar e fundamentar qual seria a real função do Direito Penal. Diversas foram as teorias firmadas para tanto. No entanto, duas merecem destaque: função de garantia e a função de proteção dos bens jurídicos fundamentais. A primeira é pouco lembrada pela doutrina, enquanto a segunda é muito badalada.



Podem parecer paradoxal, mas o direito penal deve ser compreendido como um escudo ao cidadão,¹ pois apenas haverá punição por uma conduta caso exista uma lei previa definindo-a como infração penal. Não se pode conceber, modernamente, que alguém seja punido por um fato sem previsão prévia de sanção. Além disso, a punição deve observar os exatos limites da lei. Lado outro, o Direito Penal também objetiva assegurar a validade e a proteção dos valores ético-sociais positivos reconhecidos pelo nosso ordenamento.²

Portanto, o Direito Penal limita a atuação estatal, além de ser o responsável pela tutela dos bens jurídicos mais importantes de uma sociedade. Com base essas premissas, deve o Direito Penal ser norteado e interpretado sob pena de se falsificar a real finalidade do Direito Penal.

É necessário lembrar, ainda, que a atuação do Direito Penal é cabível unicamente quando outros ramos do direito se mostrarem impotentes para proteger determinado bem jurídico. Ou seja, o Direito Penal deve ser a última instância de proteção e apenas tutelar bem jurídicos relevantes para a sociedade.

Quando surgiu o conceito de bem jurídico, ainda no século XIX, a principal preocupação da sociedade era a tutela de direitos individuais, os quais foram posteriormente classificados como direitos de primeira geração. Com a evolução paulatina da sociedade novos valores são reconhecidos e, por conseguinte, positivados e tutelados pelo ordenamento. O que antes cuidava apenas da vida, liberdade e patrimônio, hoje tutela o meio ambiente, as relações de consumo, ordem socioeconômica, ordem tributária etc.

Modernamente, tem se falado também em direito penal de emergência³, quando o poder legislativo atua para reprimir casos pontuais, em resposta ao clamor público, com aumento desproporcional e injustificado das normas, ocasionando a hipertrofia do direito penal. Nesse caminho, segundo SISPENAS⁴ em 2009, havia no Brasil mais de 1650 tipos penais.

Diante desse emaranhado de tipos penais, inevitavelmente o intérprete observará conflito entre os tipos penais, sempre devendo atentar para jamais se afastar das premissas acima fixadas (função de garantia e de proteção de bens jurídicos) para uma adequada aplicação do Direito Penal.

Para buscar solucionar eventuais conflitos de normas penais, a doutrina construiu três conhecidos princípios: especialidade, subsidiariedade e consunção.⁵ Os primeiros são temas

¹ MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Método, 2019, p. 9.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7.

³ MASSON, op. cit., p. 9.

⁴ SISPENAS: sistema de consulta sobre crimes, penas e alternativas à prisão. *Série Pensando o Direito: Penas Alternativas*, nº 6, 2009. Disponível em: < https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/06pensando_direito.pdf > Acesso em: 26 out. 2020.

⁵ MASSON, op. cit., p.117.



pacificados na doutrina e não trazem maiores problemas na aplicação da norma penal. Por outro lado, o princípio da consunção apresenta grandes controvérsias.

Tais institutos fundam-se também em política criminal, a fim de evitar penas desproporcionais – preservando a dignidade humana - e manter um sistema coerente.

O princípio da consunção, dia muito, é tema controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Entretanto, a despeito de sua importância é pouco debatido na doutrina. E o pior, ao conceituá-lo, a doutrina trata de maneira distinta aspectos importantes para sua aplicação.

Segundo Juarez Cirino dos Santos:

O critério da consunção resolve o conflito aparente entre tipo consumidor e tipo consumido: o conteúdo de injusto do tipo principal consome o conteúdo de injusto do tipo secundário porque o tipo consumido constitui meio regular (não necessário) de realização do tipo consumidor ou o tipo consumido não está em relação de necessidade lógica (como na especialidade ou na subsidiariedade), mas em relação de regularidade fenomenológica com o tipo consumidor (lex consumens derogat legi consumptae).⁶

Apensar da definição apontada, prossegue o autor afirmando que “o critério da consunção está imerso em controvérsia irreversível”.⁷ Ou seja, reconhece o renomado autor a dificuldade de aplicação do princípio. Em razão disso, é extremamente necessário que seja debatido o tema com profundidade e estabelecido premissas precisas para a aplicação do instituto.

Na aplicação do princípio da consunção, ao contrário do que ocorre com os institutos da especialidade e subsidiariedade, não emana de um único fato, mas de uma sucessão de fatos tipificados como crime em que o mais amplo consome o menos amplo. Nessa toada, para Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da consunção deve ser aplicado quando:

a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta.⁸

Por outro lado, Cleber Masson⁹ vai mais longe. Afirma o autor que somente é possível a aplicação do referido instituto se o crime a ser absorvido for menos amplo e menos grave. Ou seja, não basta apenas que o crime absorvido seja meio necessário ou relação de necessidade lógica.

A despeito dos conceitos desenvolvidos pela doutrina acima citada, verifica-se uma indefinição dogmática. Ademais, analisando as doutrinas apontadas, é possível notar pouca

⁶ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. 6. ed. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 443.

⁷ Ibid.

⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 201.

⁹ MASSON, op. cit., p. 125.



profundidade no tratamento da matéria Há diversos questionamentos que precisam ser analisados, os quais não são respondidos pelos conceitos doutrinários apontados.

O primeiro deles perpassa a análise da possibilidade ou não da aplicação do princípio diante da reunião de atos que violem diversos bens jurídicos. Outro ponto que merece análise acurada é se o meio desenvolvido para a prática dos fatos, deve ser meio necessário ou também opcional. Por fim, deve ser discutido se o crime absorvido necessariamente deve ser apenado de forma menos grave ou se isso seria prescindível. Sem responder tais indagações, o intérprete terá dificuldade em aplicar o tema no caso concreto.

Inicialmente, é necessário ter em mente que a aplicação do princípio da consunção deve ocorrer de forma excepcional, pois a regra é que o agente seja punido por todos os crimes praticados. Ou seja, a interpretação de sua aplicação deve ser restrita e não ampliativa, sob penal de desproteção de bens jurídicos relevantes.

Como desdobramento didático das hipóteses de aplicação do princípio da consunção, a doutrina aponta os denominados fatos impuníveis, sejam eles anteriores, simultâneos ou posteriores.¹⁰ São condutas antecedentes, concomitantes ou póstumas, todas previstas como crime, os quais são entendidos como fatos impuníveis. Mas como definir se determinado tipo penal deve, ou não, ser considerado impunível?

Todas essas indagações apontadas ficam de difícil solução com os conceitos trazidos pela doutrina. Em razão disso, no próximo capítulo será apontado o quanto o tema causa divergência na jurisprudência dos tribunais.

2. DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS E A SUBVERSÃO DO SISTEMA JURÍDICO PENAL NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

Conforme já apontado no capítulo anterior, a doutrina trabalha com conceitos divergentes sobre o tema.¹¹ Nesse mesmo caminhar segue a jurisprudência, decidindo sobre o mesmo tema de forma antagônica e, assim, subvertendo a lógica do sistema.

No julgado noticiado no informativo 743,¹² o Supremo Tribunal Federal, afastou a aplicação do princípio da consunção ao reconhecer a impossibilidade de uma contravenção penal consumir o crime de uso de documento falso. Ou seja, no entender da corte não pode ser coerente uma infração

¹⁰ MASSON, op. cit., p. 125.

¹¹ BITENCOURT, op. cit., p. 201.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº121652/SC*, Relator: Min. Dias Toffoli, 1ª T. *DJ 22/10/2014*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4543668>> Acesso em: 28 set. 2020.

penal de menor gravidade absorver uma de maior gravidade, ainda que este seja um crime-meio.

Nesse sentido:

O princípio da consunção é aplicável quando um delito de alcance menos abrangente praticado pelo agente for meio necessário ou fase preparatória ou executória para a prática de um delito de alcance mais abrangente. Com base nesse conceito, em regra geral, a consunção acaba por determinar que a conduta mais grave praticada pelo agente (crime-fim) absorve a conduta menos grave (crime-meio). O STF decidiu que o agente que faz uso de carteira falsa da OAB pratica o crime de uso de documento falso, não se podendo admitir que esse crime seja absorvido (princípio da consunção) pela contravenção penal de exercício ilegal da profissão (art. 47 do DL nº 3.688/41). Não é possível que um crime tipificado no Código Penal seja absorvido por uma infração tipificada na Lei de Contravenções Penais.¹³

Seguindo a mesma lógica, a Suprema Corte ao analisar o conflito entre os crimes de falsificação de documento público utilizado para prática do crime de estelionato, reconheceu o concurso formal entre os crimes, aplicando a pena mais grave, aumentada de uma 1/6 a metade na forma do art. 70 do código penal.¹⁴ Observa-se, então, que o Pretório Excelso caminhava no sentido de rechaçar a aplicação do princípio da consunção entre um crime de menor gravidade e outro de maior gravidade.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça não caminhou no mesmo sentido. Analisando os julgados dessa corte, parece ser prescindível a análise da gravidade dos delitos em conflito para aplicação do princípio da consunção. Ou seja, a despeito do crime meio ser de maior gravidade, a corte o afasta, e imputa o crime fim menos grave. Sobre o tema:

Responderá apenas pelo crime de descaminho, e não por este em concurso com o de falsidade ideológica, o agente que, com o fim exclusivo de iludir o pagamento de tributo devido pela entrada de mercadoria no território nacional, alterar a verdade sobre o preço desta.¹⁵

Nesse mesmo sentido, destaca-se:

O uso de documento falso é absorvido pelo crime de sonegação fiscal quando constitui meio/caminho necessário para a sua consumação. Constitui mero exaurimento do delito de sonegação fiscal a apresentação de recibo ideologicamente falso à autoridade fazendária, no bojo de ação fiscal, como forma de comprovar a dedução de despesas para a redução da base de cálculo do imposto de renda de pessoa física.¹⁶

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 121652/SC*, Relator: Min. Dias Toffoli, 1ª T. *DJ* 22/10/2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4543668>> Acesso em: 28 set. 2020.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 83990/MG*, Relator: Min. Erus Grau, 1ª T. *DJ* 22/10/2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2201070>> Acesso em: 28 set. 2020.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 31321/PR*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5º T. *DJ* 16/05/2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2201070>> Acesso em: 28 set. 2020.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 131787/PE*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5º T. *DJ* 14/08/2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipo Pesquisa=tipo Pesquisa Numero Registro&termo = 2 00900514210&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 28 set. 2020.



Como apontado no capítulo anterior, a aplicação do princípio da consunção deve ser exceção e devidamente fundamentado. Não se pode perder de vista as finalidades precípua do Direito Penal: tutela de bens jurídicos e limitação do poder estatal. Ambas devem ser analisadas e aplicadas em harmonioso cotejo, sob pena de grave violação ao princípio da proporcionalidade em sua vertente de proteção deficiente dos bens jurídicos.¹⁷

Em princípio, não há fundamento lógico ou jurídico capaz de justificar a aplicação do princípio da consunção na forma em que o tribunal cidadão aplicou. E não foi só, o STJ sumulou a matéria (Súmula nº 17-STJ: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”).¹⁸

Aponta a doutrina um manifesto equívoco técnico na edição da Súmula nº 17 do STJ, e que tal posição talvez tenha fundamento em medidas de política criminal.¹⁹ Entretanto, tal fundamento não é capaz de legitimar tal posição.

A política criminal, em síntese, traduz uma disciplina que estuda estratégias do Estado para atuação preventiva sobre a criminalidade, estabelecendo uma ponte entre a criminologia e o Direito Penal.²⁰ Ou seja, por meio de seus estudos empíricos, orienta as decisões tomadas pelo poder público em matéria penal.

Nesses termos, não se pode admitir medidas de política criminal sem um estudo empírico-social devidamente fundamentado. Ademais, tais medidas devem advir de dispositivos legais ou atos administrativos apontando certos parâmetros e limites. Como se sabe, o Poder Judiciário não possui o batismo popular, devendo suas decisões estarem amparadas legitimamente, afastando-se de conceitos jurídicos indeterminados. Entregar ao Poder Judiciário o juízo de políticas criminais sem fundada justificativa, afastando a aplicação de uma norma vigente sem qualquer fundamento legítimo, abre espaço cada vez maior para subversão do sistema jurídico. Trata-se, ademais, de violação da separação de poderes desenhada pela Constituição Federal.

Para deixar cristalino o quanto a adoção de tal posição subverte a lógica do sistema, se faz necessário apontar um exemplo concreto. Em recente decisão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reformou uma condenação em que se apurou a falsificação de documentos públicos, quais sejam, diploma de graduação em medicina da UFF, diploma de pós-graduação em medicina do trabalho da UFRJ, além de uma carteira do CREMERJ, os quais o acusado fez uso no processo

¹⁷ MASSON, op. cit., p. 45.

¹⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Súmula 17-STJ*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/53a1320cb5d2f56130ad5222f93da374>>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁹ MASSON, op. cit., p. 125

²⁰ HOFFMANN, Henrique. *Manual de Criminologia*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 46.



seletivo de determinada empresa, sendo ao final aprovado, passando assim a laborar como médico naquela empresa.²¹

O juízo de primeiro grau condenou o acusado pelos crimes dos artigos 282 (exercício ilegal da medicina),²² cuja reprimenda legal é de 6 meses a 2 anos de detenção, e 297 (falsificação de documento público),²³ cuja reprimenda legal é de 2 anos a 6 anos de reclusão, todos do Código Penal, em concurso material. Entretanto, entendeu a corte fluminense ser aplicado ao caso o princípio da consunção, devendo o agente responder apenas pela delito do art. 282,²⁴ em que foi fixada uma reprimenda de 6 (seis) meses de detenção, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos. Ou seja, foi afastado o crime mais grave e imputado o crime de menor gravidade.

Em que pese os documentos públicos possam ter sido falsificados com única finalidade de fraudar o ingresso na empresa, não há dúvida de que o agente falsificou os documentos públicos violando o disposto no artigo 297 do Código Penal.²⁵

É possível notar, assim, que o bem jurídico tutelado pelo artigo 297 (fé pública)²⁶ foi esvaziado no caso em comento. O Tribunal de justiça afastou a vigência da norma sem qualquer fundamento legal. Não por outro motivo, títulos e documentos públicos vêm perdendo sua credibilidade e representatividade no seio social.

Diante do que foi exposto, salta aos olhos a necessidade de um tratamento legal da matéria diante do descompasso doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. O tema é de grande relevo e de importantíssima aplicação prática, mas que não há um desenho doutrinário adequado sobre o tema.

Enquanto não há um tratamento legal, se faz necessário um desenho dogmático para que seja definido um conceito sobre o tema buscando solucionar os impasses práticos. Assim, no próximo capítulo será proposto, com base na dogmática penal, um conceito e um desenho sistemático para uma aplicação adequada do princípio da consunção.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0304893 60.2017.8.19.0001*. Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri, 3ª Câmara Criminal. DJ 29/05/2020. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=202005002581>>. Acesso em: 28 set. 2020.

²² BRASIL. *Decreto-Lei 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.



3. UMA CORRETA COMPREENSÃO E APLICAÇÃO DA CONSUNÇÃO NO CASO CONCRETO

Diante no nebuloso conceito do princípio da consunção e grave divergência jurisprudencial, neste capítulo será traçado uma definição dogmaticamente adequada com base nas principais características apontadas pela doutrina, capaz de responder todos os questionamentos levantados e facilitar o interprete no momento de aplicar o instituto.

Conforme já salientado, analisar e aplicar um instituto penal atravessa necessariamente uma interpretação à luz das bases do sistema penal como um todo. Não se pode, jamais, analisar um instituo de forma estanque, ao arrepio das vigas mestras do sistema penal construído ao logo dos séculos. Todos os institutos de um sistema, seja qual for, devem funcionar de maneira harmônica e lógica.

Para facilitar a compreensão do tema, destaca-se um exemplo: Caio, mediante artifício ardil, falsificou documentos públicos exclusivamente para adquirir um bem móvel financiado por meio fraudulento. Após o êxito da empreitada criminosa, influi para que terceiro de boa-fé adquira o bem por valor abaixo do mercado. Podemos observar que em um mesmo contexto fático, Caio praticou, em tese, o crime de falsificação de documento público (art. 297, CP), estelionato (art. 171, CP) e receptação (art. 180, *in fine*, CP).²⁷ No caso em tela, observa-se fatos anteriores e fatos posteriores ao crime meio. Mas por qual crime Caio deve ser punido? É possível aplicar o princípio da consunção e o agente ser punido apenas pelo crime principal? O tema, como já antecipado, é por demais controvertido.

O primeiro embate surge em razão da possibilidade ou não da aplicação do princípio da consunção diante de violação de bens jurídicos distintos conforme o caso explanado. Para Cezar Roberto Bitencourt, é possível a absorção ainda que se trate de bens jurídicos distintos.²⁸ Aponta como exemplo justificador, a hipótese em que o agente invade domicílio alheio para prática de furto. Neste caso, entende-se pacificamente que o agente responde apenas pelo furto, mesmo violando dois bens jurídicos em razão da absorção. Já Cleber Masson, rechaça a aplicação do referido princípio diante de violação de bens jurídicos distintos, mas sem resolver o exemplo apresentado por Bitencourt.²⁹

No entanto, como ressaltado, a aplicação adequada do princípio da consunção diante de diversos bens jurídicos, perpassa a análise das finalidades precípuas do Direito Penal. Para resolver

²⁷ Ibid.

²⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 202.

²⁹ MASSON, op. cit., p. 125.



o primeiro entrave de sua aplicação, melhor seria que se analisasse a indissociabilidade do dolo do agente por um juízo póstumo do *iter criminis* com base em um terceiro observador. Ou seja, deve ser analisado a possibilidade de interrupção do *iter* criminoso antes de iniciar os atos preparatórios do crime posterior, e o fato anterior ser capaz de violar de forma relevante os bens jurídicos isoladamente.

Nessa ordem de ideias, se for possível romper o dolo do agente antes do início dos atos preparatórios do crime posterior, e ainda assim for capaz de violar o bem jurídico, não deve ser aplicado o princípio da consunção, respondendo o agente por todos os crimes, sob pena de desproteção de bens jurídicos.

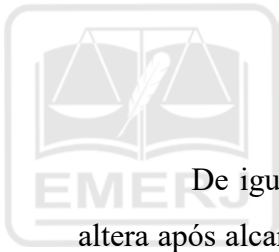
Lado outro, quando o *iter crimines* for entrelaçado, isto é, o início dos atos executórios do crime primeiro já integrar os atos executórios do segundo, deve ser aplicado o princípio da consunção. Em síntese, quando os atos de preparação do crime posterior forem isoladamente considerados atos executórios do crime anterior e puder ser dissociado isoladamente como crime em um juízo póstumo externo, deve ser aplicado a pena cumulada. Nessas hipóteses, fica evidente a necessidade de responsabilização isolada pois o agente atingiu de forma separada cada bem jurídico.

No primeiro exemplo, se Caio após a prática dos crimes fosse descoberto, caberia ao julgador analisar a possibilidade de dissociar o dolo do agente em cada conduta e a capacidade de violar individualmente cada bem jurídico. Se a falsidade fosse empregada nos atos de execução do crime de estelionato, e se os documentos falsificados fossem destinados exclusivamente para um único crime e estelionato, seria possível a absorção. Por outro lado, havendo comprovação de que os documentos falsificados poderiam ser meio para outros crimes, evidentemente o agente deve responder por ambos os crimes em concurso material pois sua conduta foi capaz de violar individualmente diversos bens jurídicos.

No exemplo citado por Bitencourt, é inviável dissociar o dolo do agente que invade o domicílio alheio. Qualquer pessoa, em uma análise póstuma, poderia concluir que João pretendia subtrair coisa alheia móvel de pessoa certa e determinada ao invadir seu domicílio. Os atos executórios estão umbilicalmente entrelaçados.

A técnica apontada se aplica perfeitamente nos casos de crime progressivo e progressão criminosa, os quais a doutrina também aponta com desdobramento do princípio da consunção.³⁰ No crime progressivo, o agente almeja desde o início dos atos alcançar o resultado mais grave, cujos atos executórios se entrelaçam, sendo o dolo indissociável. Isso ocorre, quando o agente com o intuito de matar seu desafeto inicia os atos executórios com lesões corporais leves, até concluído o delito de homicídio. Nesta hipótese, deve o agente responder apenas pelo delito de homicídio.

³⁰ Ibid.



De igual forma ocorre na denominada progressão criminosa, quando o dolo do agente se altera após alcançar seu dolo inicial. No mesmo exemplo citado, caso o dolo inicial fosse de apenas lesionar, mas após a prática dos atos contundentes decida ceifar a vida de seu desafeto, o agente deve responder apenas pelo homicídio pois os atos estão entrelaçados e indissociáveis por um terceiro observador.

Após a análise da consunção entre bens jurídicos distintos, deve o intérprete avançar para o próximo degrau, qual seja, analisar a gravidade dos delitos em conflito. Concluindo que os atos estão vinculados e representam um único contexto fático em um juízo póstumo, deve ser analisado se os bens jurídicos são passíveis de consunção em razão da gravidade em abstrato de cada crime.

Retomando o exemplo citado em que Caio por meio de fraude documental pratica o crime de estelionato, salta aos olhos a distinção das penas a eles cominadas. Enquanto o crime de falsificação de documento público é punido com reclusão de dois a seis anos, o crime de estelionato é punido de forma mais branda. Ademais, atualmente o crime de estelionato é de ação penal pública condicionada à representação. Portanto, conforme prega Cleber Masson, é notório o equívoco dogmático da súmula 17 do STJ.³¹

Ao adotar a presente súmula, a jurisprudência está ratificando a absorção do crime mais grave pelo crime menos grave. Evidentemente, viola a dogmática e os princípios norteadores do direito penal pois bens jurídicos tutelados de forma mais rigorosa estão sendo desprotegidos de maneira injustificada. O agente violou dois bens jurídicos distintos (fé pública e patrimônio), e ainda vai responder pelo mais brando? Conforme explicado, é possível a consunção entre bens jurídicos distintos, quando no mesmo entrelace de condutas. Mas não é só. Exige-se também que o delito absorvido seja menos grave, sob pena de desvirtuar todo o sistema penal.

Por fim, deve ser analisado a necessidade da prática dos atos anteriores ou posteriores ao crime meio. É necessário que o exegeta questione se a conduta criminosa anterior ou posterior é desdobramento necessário e natural para o êxito da empreitada criminosa. Não será possível a aplicação do princípio da consunção quando os fatos anteriores ou posteriores, ainda que menos amplos, represente um desdobramento extraordinário, isto é, imprevisível.

Retomando o exemplo explanado, após a prática do crime de estelionato, Caio influenciou para que terceiro de boa-fé adquira coisa que sabe ser produto de crime. Nessa hipótese, é possível notar que Caio vai além do desdobramento natural do crime. Ainda que o julgador não consiga dissociar o dolo do agente pois foi comprovado que ele tinha o intuito de alienar o bem, o meio empregado ultrapassa o desdobramento necessário e viola bem jurídico de terceiro.

³¹ Ibid., p. 122.



De igual forma, ocorre quando o agente após o delito de homicídio oculta o cadáver. Se a ocultação se resume em esconder o cadáver em lugar ermo, deve ser aplicado o princípio da consunção. Lado outro, se ao ocultar o cadáver o agente resolve esponejar o cadáver, evidentemente ultrapassa o desdobramento natural e ultraja o bem jurídico tutelado (respeito aos mortos). Ou seja, ultrapassando o desdobramento natural do que se espera no mundo dos fatos, deve ser afastado o princípio da consunção.

Assim, para uma aplicação adequada do princípio da consunção, deve o interprete no momento de aplicação do princípio da consunção analisar os seguintes pontos: a possibilidade de dissociar o dolo do agente em cada conduta e a capacidade de violar individualmente cada bem jurídico; a gravidade dos delitos em conflito; a existência de uma desdobramento natural na prática dos atos anteriores ou posteriores ao crime meio.

Desta forma, pode-se concluir que o princípio da consunção deve ser conceituado como uma técnica de interpretação da lei penal, quando presente uma sequência de atos delitivos em que o mais grave e mais amplo absorve o menos grave e menos amplo, demonstrada a indissociabilidade do dolo por um juízo póstumo, os quais configuram um desdobramento natural.

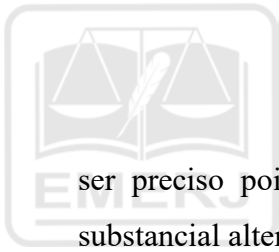
CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por finalidade principal tratar com profundidade o princípio da consunção. Em síntese, o presente trabalho constatou um fundado conflito doutrinário e jurisprudencial ao se definir e aplicar o princípio da consunção. Princípio, este, utilizado para sanar um conflito aparente de normas.

Neste trabalho, foi possível notar, ainda, que a doutrina não se debruça profundamente sobre o tema. Apesar de conceituá-lo, a grande parte da doutrina pouco fala do instituto, o que pode aparentar pouca importância no tema. Todavia, conforme os casos apresentados, saltam aos olhos a sua relevância prática.

Para parte da doutrina, tal princípio não deve ser aplicado pois há em sua aplicação controvérsia irreversível. Por outro lado, a maioria da doutrina prega sua plena aplicação. Entretanto, cotejando os conceitos doutrinários do instituto, tais não atendem diversos questionamentos, os quais foram solucionados.

Diante da grande controvérsia doutrinária, constatou-se que a jurisprudência caminha no mesmo passo. Não há uniformidade nas decisões ao aplicar o princípio, levando o tema a grave insegurança jurídica. O Poder judiciário, ao analisar os fatos que cercam a atividade criminosa, deve



ser preciso pois a inadequação na interpretação e aplicação de um instituto pode representar substancial alteração no momento da aplicação da lei penal.

Foi apresentado no segundo capítulo casos concretos demonstrando tal divergência. Ademais, foi possível notar casos em que a aplicação do instituto vai de encontro às finalidades precípuas do Direito Penal, qual seja, proteção de bens jurídicos e limitação do poder estatal.

Fruto das reflexões no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão preliminar da necessidade de tratamento legal do instituto. Entretanto, diante da inércia legislativa, foi pavimentado, com apoio nas vigas mestras do sistema penal, bases dogmáticas para orientar o exegeta na aplicação do princípio da consunção.

Diante de um conflito normativo, o interprete no momento de aplicação do instituto analisar os seguintes pontos: a possibilidade de dissociar o dolo do agente em cada conduta e a capacidade de violar individualmente cada bem jurídico; a gravidade dos delitos em conflito; a existência de uma desdobramento natural na prática dos atos anteriores ou posteriores ao crime meio.

Atravessadas detalhadamente essas premissas, foi possível desenvolver um conceito para o tema capaz de ir ao encontro das bases da ciência penal, sem se afastar de suas finalidades precípuas supra citadas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 13. ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm> Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 121652/SC*, Relator: Min. Dias Toffoli, 1ª T. *DJ* 22/10/2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4543668>> Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC n° 83990/MG*, Relator: Min. Erus Grau, 1ª T. *DJ* 22/10/2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2201070>> Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 31321/PR*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5º T. *DJ* 16/05/2013. Disponível em: Acesso em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201102505997&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 131787/PE*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5º T. *DJ* 14/08/2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipo>>



PesquisaNumeroRegistro&termo=200900514210&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.os.ea> Acesso em: Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0304893 60.2017.8.19.0001*. Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri, 3ª Câmara Criminal. DJ 29/05/2020. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=202005002581>> Acesso em: 28 set. 2020.

HOFFMANN, Henrique. *Manual de Criminologia*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Método, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. 6. ed. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014



O FAIR-PLAY FINANCEIRO E SEUS EFEITOS TRIBUTÁRIOS: O QUE O CLUBE EMPRESA PODE MUDAR NESSA RELAÇÃO

Carolina Diniz Damascena

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – a crise econômico-financeira é uma realidade que assola a grande maioria dos clubes de futebol pelo mundo. O *Fair-Play* Financeiro surgiu como um mecanismo para tentar equacionar as finanças, assim diminuindo gradualmente as dívidas criadas ao longo dos anos por más gestões. Concomitante a isso, adveio a ideia da criação do clube-empresa com o objetivo transformar os clubes em sociedades empresárias e assim, possibilitar maiores investimentos dos particulares. Entretanto, há também a necessidade de modificação da carga tributária, para que ocorra a migração de associações em sociedades empresárias. O objetivo desse trabalho é mostrar a importância da criação de regras e formas para que os clubes de futebol não continuem se endividando, contudo, se não houver uma gestão profissional que respeite e cumpra as regras estabelecidas, não adiantará de nada.

Palavras-chave – Direito Tributário. *Fair Play* Financeiro. Clube Empresa. Efeitos Tributários.

Sumário – Introdução. 1. *Fair Play* Financeiro, sua aplicabilidade e suas punições em caso de não cumprimento das regras. 2. A criação do Clube-empresa e sua adequação ao regime jurídico. 3. O impacto tributário na modificação do Regime fiscal e a importância da correta migração legislativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa refletir sobre a nova política de gestão dos clubes de futebol com o advento do *fair play* financeiro e do clube-empresa na legislação brasileira. Assim, deve-se avaliar o que esta mudança no cenário nacional traz, quais são os seus impactos e os efeitos tributários gerados sobre o particular e o ente público. Desse modo, abordam-se as posições doutrinárias, bem como, artigos sobre o tema com o objetivo de avaliar se o princípio da autonomia é amplo e irrestrito, de forma a justificar a criação do clube-empresa, sem que ocorram prejuízos aos credores, devido a essa reorganização tributária.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com uma construção de como o *fair play* financeiro surgiu com o objetivo de equalizar as finanças das entidades desportivas, por meio regras financeiras e desportivas que devem ser respeitadas rigorosamente, sob pena de severas punições, desde multas a exclusão de competições. Assim, a criação desse instrumento deve estimular o gasto sustentável de modo que os clubes tenham uma maior possibilidade de desenvolvimento e crescimento, tornando-se autossuficientes.



Já no segundo capítulo, é analisada juridicamente a ideia da criação de um novo modelo de clube-empresa no futebol brasileiro, que é a transformação do clube esportivo normalmente constituído como associação civil sem fins lucrativos, para tornar uma empresa criada com o objetivo de lucro.

Por fim, o terceiro capítulo da pesquisa possibilita o questionamento sobre a implementação desse modelo, pois após anos de gestões irresponsáveis, muitos clubes de futebol possuem dívidas tributárias e particulares, que tornam um grande óbice e deve ser discutida essa implementação com muita cautela pelo legislador.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que tem como base uma dedução de hipóteses, as quais acredita-se serem viáveis e que são levantadas a partir de um problema, com o objetivo de solucioná-los por meio da eliminação de erros. Assim, esta é uma pesquisa jurídica de abordagem qualitativa, para tanto o pesquisador deve se valer de bibliografia pertinente ao tema em questão, analisando dados jurídicos e sociais, para asseverar a sua tese.

1. O *FAIR-PLAY* FINANCEIRO, SUA APLICABILIDADE E AS PUNIÇÕES EM CASO DE NÃO CUMPRIMENTO DAS REGRAS

O *fair-play*, traduzido do inglês é o jogo justo. É uma filosofia adotada no desporto que prima pela conduta ética e leal no meio esportivo. A expressão foi utilizada primeiramente, em 1595, em uma peça de William Shakespeare, sendo sinônimo de bom senso e igualdade. Com este espírito o *Fair-play* Financeiro (FPF) surgiu com o intuito de equalizar as finanças dos clubes de futebol que cada vez mais se endividavam por conta de gestões ruins que só visavam o ganho esportivo, sem se preocupar com as despesas que acarretavam dívidas. Nesse sentido, foram criadas regras para que os clubes de futebol gastassem proporcionalmente ao que arrecadavam, respeitando um limite máximo dentro das receitas anuais. Assim, caso não cumprissem as regras pré-estabelecidas poderiam sofrer sanções que vão desde uma simples multa até a exclusão de campeonatos e perda de título. Por fim, o objetivo desse protocolo é que os clubes controlem seus gastos realizando investimentos sustentáveis, evitando calotes em futuras transações financeiras.



Inicialmente, o conjunto de regras criado pela União das Federações Europeias de Futebol (UEFA)¹ surgiu em um momento que os clubes atravessavam um período financeiro delicado, em que suas dívidas cresciam e colocavam em perigo o futuro financeiro das instituições e dos campeonatos. Em vista disso, a ideia do FPF é manter a austeridade financeira, garantindo que os clubes de futebol mantenham as finanças equalizadas, evitando riscos². Por efeito, foi integrado ao modelo dois objetivos bem claros: promover a gestão de clubes economicamente responsáveis e tornar os campeonatos europeus mais competitivos.

A priori, o FPF define as regras que os clubes devem seguir em conformidade com a sua saúde financeira. Nesse sentido, o objetivo é de que os clubes sejam financeiramente equilibrados, o chamado *break-even*, não gastando mais do que o montante arrecadado, gerando meios de se autossustentar e quitar suas dívidas, buscando sempre um ponto de equilíbrio (PE). A principal dificuldade de se entender o PE é que ele se diferencia dos ditames convencionais de contabilidade, pois um clube pode auferir o lucro contábil e mesmo assim ferir as regras do FPF. Com isso, o mecanismo mostra-se mais rígido, exigindo boa governança na gestão financeira e administrativa dos clubes de futebol, pois os que descumprirem as diretrizes podem ser advertidos, multados e até mesmo impedidos de participar de competições organizadas pela UEFA.

Entre os anos de 2003 e 2004, a UEFA deu início à implementação do FPF com o objetivo de buscar o equilíbrio financeiro em conjunto com as federações dos países europeus. No primeiro modelo, as entidades nacionais de administração eram responsáveis pela fiscalização e licenciamento dos clubes. Estabelecendo padrões mínimos de boa gestão e infraestrutura, mantendo-se dentro da legalidade, a fim de manter um padrão duradouro de boas finanças, transparência e governança³.

No ano de 2012, a UEFA criou o licenciamento de clubes e *fair-play* financeiro que tinha os seguintes objetivos: introduzir mais disciplina e racionalidade nas finanças dos clubes; diminuir a pressão orçamentária exercida pela inflação dos salários e transferências; encorajar os clubes de sobreviver com suas próprias receitas; orientar os investimento para o setor da formação e da infraestrutura; proteger a viabilidade do futebol europeu por um longo período e assegurar que os clubes honrem suas dívidas dentro do prazo⁴.

¹ GRAFIETTI, Cesar. *O que é Fair Play Financeiro*: para começar a conversa no bar. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/colunistas/cesar-grafietti/o-que-e-fair-play-financeiro-para-comecar-a-conversa-no-bar/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

²Ibid.

³MOTTA, Luciano de Campos Padro. *O mito do clube-empresa*. Belo Horizonte: Sporto, 2020, p. 310-314.

⁴BORGES, Milton Freitas. *O fair-play financeiro na União Européia de Futebol (UEFA)*. 2015. 398 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade do



A legislação aplicada pelo FPF está amparada pelas Regras da UEFA sobre licenciamento de clubes e jogo limpo financeiro, que estabelece diretrizes, regras e sanções que devem ser aplicadas aos clubes de futebol. Com a vigência da legislação, inicialmente ocorreu um período de adaptação de três anos em que as entidades teriam uma margem maior de déficit financeiro sem que ocorresse nenhuma sanção, o que decresceria com o passar dos anos⁵.

Na temporada de 2013/2014, após o período de implementação gradual das regras do FPF, começou a vigorar efetivamente as obrigações que os clubes deveriam cumprir. Na prática os clubes poderiam apresentar déficit de 5 milhões de euros do que arrecadavam por período de avaliação, o que equivale a três anos de intervalo, desde que provassem que obtiveram um resultado positivo agregado nesses anos. Contudo, o clube poderia exceder esse valor ao nível que pudesse ser coberto por seus sócios ou acionistas, evitando uma dívida insustentável. Isso significa que os clubes poderão ter prejuízo no limite de: 45 milhões de euros para períodos de avaliação 2013/14 e 2014/15; 30 milhões de euros para períodos de avaliação 2015/16, 2016/17 e 2017/18⁶. Vale ressaltar que em decorrência da pandemia da Coronavírus a UEFA decidiu invalidar o ano de 2020 e excluí-lo do período de avaliação para que os clubes possam se organizar e se adaptar à nova realidade financeira. Com isso houve a modificação do período de observação para 2018/19 e futuramente 2021/22, diminuindo para apenas dois anos⁷.

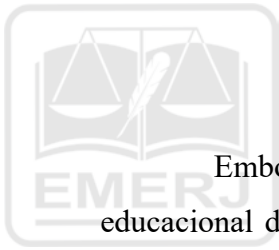
A supervisão do FPF é feita pelo *Club Financial Control Body* (CFCB) por meio das informações que os clubes enviam, as sanções são escalonadas de acordo com o grau de severidade das infrações sem uma ordem pré-definida. Diversos fatores são analisados pela CFCB, podendo impor as seguintes punições: advertência; repreensão; multa; perda de pontos; retenção das receitas de uma competição da UEFA; proibições em inscrições de jogadores nas competições da UEFA; limite financeiro quanto às despesas salariais de atletas inscritos; desqualificação das competições em curso quanto exclusão de futuras participações e retirada de um título ou prêmio.

Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<http://www.tede.udesc.br/bitstream/tede/368/1/125384.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2020. p. 135/146.

⁵Ibidem, p. 144-147.

⁶UEFA. "Fair play" financeiro: tudo o que precisa saber. Disponível em: <<https://pt.uefa.com/news/0222-0e89a7a3c455-71f07795acb3-1000--fair-play-financeiro-tudo-o-que-precisa-saber/?referrer=%2Fcommunity%2Fnews%2Fnewsid%3D2065454>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁷ESCUDEIRO, Leonardo. *Uefa afrouxa Fair Play Financeiro para compensar perdas causadas pela pandemia do Coronavírus*. Disponível em: <<https://trivela.com.br/europa/uefa-afrouxa-fair-play-financeiro-para-compensar-perdas-causadas-pela-pandemia-do-coronavirus/>>. Acesso em: 23 abr. 2021.



Embora seja responsável pela aplicação das punições, o CFCB prioriza a correção educacional das condutas praticadas. Esse *modus operandi* gerou a homologação de muitos acordos com os clubes de futebol, sendo raras as imposições de sanções. A aplicação da proibição de inscrever jogadores nas competições organizadas pela UEFA e limite nos gastos com transferências de atletas são meios de tentar diminuir as benesses ocorridas em detrimento da burla ao ponto de equilíbrio, assim, a aplicação dessas restrições gera efeito desportivo e financeiro aos clubes. No tempo em que está vigorando o FPF, o futebol europeu já presenciou na prática alguns casos em que foram aplicadas sanções e que servem de exemplo para os outros clubes.

Após a implementação do regulamento da FPF, foi observada uma melhora acentuada nas finanças dos clubes com diminuição dos déficits. Assim, pela primeira vez desde o início do monitoramento os registros demonstraram que o aumento das receitas dos clubes foi maior do que o aumento dos salários dos jogadores. Inclusive, no ano de 2013, houve uma diminuição de 70% das dívidas dos clubes caindo de 57 milhões para 9 milhões de euros, após a aplicação de inúmeras sanções aos clubes que violaram as regras vigentes⁸.

Contudo, observou-se também que aumentou a disparidade entre os clubes de futebol, de maneira que os resultados esportivos estão associados ao montante salarial dos jogadores. Há um modelo microeconômico conhecido como Teoria do salário de Eficiência que consiste no monitoramento da produtividade do empregado, podendo afetar o valor salarial⁹. Assim, no âmbito esportivo, quanto maior a base salarial do clube, melhor a sua produtividade e conseqüentemente a colocação nos campeonatos durante a temporada. Essa “vantagem” só é possível na medida em que os grandes clubes operam no negativo, amparados na possibilidade de grandes aportes financeiros de seus donos, o que não ocorre com os clubes pequenos e médios. Esse investimento é chamado de *doping* financeiro que consiste no ato do clube gastar grandes quantias ou obter benefícios por meios não naturais e autossuficientes, como por exemplo, a injeção de dinheiro por parte dos grandes empresários para que os clubes de futebol comprem jovens jogadores para depois de valorizados revendê-los por uma quantia maior¹⁰. A UEFA, por meio, do FPF tenta acabar com essa prática induzindo que os clubes se sustentem com as suas próprias receitas e a melhor opção é o incentivo ao investimento nas categorias de base¹¹.

⁸BORGES, op. cit., p. 152-153.

⁹MACEDO, Daniele. *Salário de Eficiência*. Disponível em: <<https://economistasnanet.blogspot.com/2012/06/salario-de-eficiencia.html>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

¹⁰BORGES, op. cit., p. 162-163.

¹¹Ibidem, p. 177-179.



Apesar do grande foco do FPF ser atingir a equidade financeira dos clubes de futebol europeus, o abismo financeiro tem aumentado, pois mesmo que as regras do FPF sejam respeitadas, a diferença legislativa de cada país dificulta essa prática, visto que a carga tributária é distinta. Assim, a melhor solução seria equiparar a carga tributária dos clubes de futebol pertencentes aos países membros da União Europeia como uma forma de diminuir essa discrepância. Contudo, a UEFA não tem competência para interferir nesse aspecto¹².

Desse modo, os clubes mais ricos acabam participando das melhores competições, ocupando as primeiras colocações e, conseqüentemente, ganhando mais dinheiro. Esses clubes acabam tendo maior visibilidade e facilidade para auferir maiores recursos de patrocínio e imagem, o que dá melhores condições de investir em jogadores¹³. As críticas se intensificaram após o aumento do distanciamento financeiro entre os dez maiores clubes europeus e os demais, tal distanciamento produziu um amplo domínio destes clubes nas competições organizadas pela UEFA. Portanto, o abismo econômico dos clubes mais populares acaba se tornando cada vez maior e influenciando diretamente no âmbito esportivo, pois quanto mais recursos financeiros os clubes possuem, maior o seu poder no mercado. Pelo fato das regras de cada país serem diferentes sobre pagamentos de impostos e arrecadação, muitos clubes apresentam maior facilidade para cumprir a regra geral do FPF imposta pela UEFA, pois conseguem equalizar as dívidas em um menor prazo.

2. A CRIAÇÃO DO CLUBE-EMPRESA E SUA ADEQUAÇÃO AO REGIME JURÍDICO

Desde o início, o modelo organizacional adotado pelo futebol brasileiro foi o associativo em contraposição ao mercantilista, em razão de se adequar melhor à implementação da prática desportiva que mais se destaca no país. Com o avanço do capitalismo no mundo moderno, o futebol foi alcançando cifras cada vez maiores havendo a necessidade de criação de uma nova forma de gerir os clubes de futebol. A partir dessa nova espécie de gestão, vislumbrou-se o potencial das entidades desportivas, que poderiam iniciar investimentos em produtos e serviços próprios, obter maior facilidade para renegociação de dívidas fiscais e particulares, investimentos acionários, além de participarem de um regime tributário especial caso optassem por esse novo modelo.

Dessa forma os dirigentes devem assumir o compromisso de gerir as atividades futebolísticas com maior profissionalismo, tendo em vista as vultuosas movimentações

¹²Ibidem, p. 185.

¹³Ibidem, p. 153-154.



monetárias, por conseguinte se distanciando do modelo associativo. Sob esse novo modelo, surge a necessidade de criação de um novo padrão de gerenciamento dos clubes, sendo proposta a transformação das associações desportivas em sociedades empresárias e empresariais.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 217¹⁴, um novo entendimento para o esporte nacional, representando um avanço jurídico quando trata do processo desportivo no âmbito constitucional. Com essa mudança, o Estado passou a ter um perfil menos invasivo e controlador na esfera desportiva, passando a fomentar práticas esportivas amadoras e profissionais, dando mais autonomia aos particulares, no caso, as entidades desportivas¹⁵. Após anos de defasagem das leis esportivas e com a necessidade de modernização, no ano de 1993, foi editada a Lei Zico, Lei nº 8.672/93¹⁶, que modernizou a gestão desportiva, viabilizando maiores investimentos do setor privado e permitindo a transformação dos clubes associativos em sociedades empresárias, exemplificada em seu art. 11.

Posteriormente, em 24 de março de 1998, revogando a Lei Zico, foi implementada a Lei nº 9.615/98¹⁷, identificada como a Lei Pelé, a qual prevê normas gerais sobre o desporto no Brasil e a implementação do clube-empresa de forma concreta¹⁸. A Lei Pelé equipara as associações desportivas e sociedades empresárias no quesito fiscalização e controle.

A sociedade empresária se subdivide em sociedades simples e sociedades empresárias. Tem como interseção que ambas possuem o objetivo de lucro por meio da atividade econômica organizada e como contraposição o objeto social realizado¹⁹. No Código Civil (CC) estão previstos nos artigos 1.039 a 1.092²⁰, as seguintes classificações de sociedades empresárias existentes: não personificadas ou personificadas. As não personificadas são a sociedade em comum irregular e a sociedade em conta de participação oculta. Já as personificadas são a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita

¹⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

¹⁵PERRUCCI, Felipe Falcone. *CLUBE-EMPRESA: modelo brasileiro para transformação dos clubes de futebol em sociedades empresárias*. 1 ed. Minas Gerais: D'Placido, 2017, p. 50.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 8.672*, de 6 de julho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18672.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

¹⁷BRASIL. *Lei nº 9.615*, de 24 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

¹⁸PESSOA, Maria. *Você sabe o que é a Lei Pelé? Entenda!* Disponível em: <<https://blog.advocaciamariapessoa.com.br/voce-sabe-o-que-e-a-lei-pele-entenda/>>. Acesso em: 03 abr. 2021

¹⁹RAMOS, Rafael Teixeira. *Clube-empresa: olhar crítico jurídico*. Disponível em: <<https://leiemcampo.com.br/clube-empresa-olhar-critico-juridico/>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

²⁰BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 abr. de 2021.

simples, a sociedade em comandita por ações, a sociedade limitada (LTDA) e a sociedade anônima (S.A.).

Destaca-se que no processo de transformação da associação em sociedade empresária, é aconselhável que ocorra a transferência de todos os direitos, ativos e passivos do clube associativo à sociedade empresária. Assim, há de ser feita uma avaliação patrimonial do clube, com todos os seus ativos e passivos, a fim de precificar seu valor de mercado. Cabe dizer que essa transformação só poderá acontecer com a anuência dos associados, seguindo os procedimentos antevistos no estatuto social do clube, com aprovação pela maioria em assembleia geral e posterior registro na Junta Comercial (JC) competente.

Embora haja uma previsão legal de criação do clube-empresa na legislação desportiva brasileira e no CC, os órgãos de registro dificultam a realização alegando não ser possível a mera transformação de associação em sociedade empresária, pois há a imposição de que primeiro ocorra a baixa dos atos constitutivos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (RCPJ) e somente depois poderia ocorrer a inscrição perante a JC. Desse modo, haveria a criação de uma nova sociedade empresária, com a alegação de que as suas finalidades são distintas.

Uma possibilidade seria a criação de uma sociedade empresária apenas no âmbito da gestão do futebol profissional, seja por meio de LTDA ou S.A., onde todos os direitos e deveres, ativos e passivos, ligados diretamente ao futebol profissional, são incluídos no capital social da sociedade empresária, sem modificação da gestão do clube social. Contudo há o receio de ocorrer uma eventual falência, com posterior dissolução do clube de futebol.

Existe também a ideia de criação de uma sociedade de propósito específico, que pode ser gerida na forma de limitada ou sociedade anônima, de modo que essa sociedade gerisse os ativos do clube de futebol e receitas, bem como os contratos dos jogadores profissionais. Concomitantemente, seria criado um fundo de investimentos, visando captação de recursos para que haja a equalização das contas e posterior supressão das dívidas do clube.

Outra possibilidade é a Sociedade Anônima de Futebol (SAF), dada a desvalorização do mercado nacional. Assim, partindo da premissa que o futebol é um mercado de grande potencial social e econômico há de se criar um sistema que fortaleça o modelo de propriedade do futebol, com governança, credibilidade e segurança possibilitando mais investimentos particulares e novas formas de financiamento do futebol no âmbito privado²¹.

²¹CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. *Motivos para criação da Sociedade Anônima do Futebol – SAF*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/meio-de-campo/310685/motivos-para-criacao-da-sociedade-anonima-do-futebol-saf>>. Acesso em: 26 ago. 2020.



O Projeto de Lei nº 5.516/19²², visa criar um sistema de futebol, com quatro subsistemas que são eles: o subsistema econômico, subsistema trabalhista, subsistema regulatório das regras do jogo de futebol e o FPF. Assim, todos se conectam, respeitando os limites das funções de cada um para o seu correto funcionamento²³. Esse projeto adota a SAF como um subtipo societário, englobado pelas regras da S.A, a ser implementado para melhor legitimar o sistema de futebol. Dessa forma, ela se enquadraria nas normas já vigentes alcançando maior potencial, com a novidade de funcionamento e financiamento próprios e exclusivos que, dão maior segurança jurídica. Ademais, não há uma proibição de que os clubes se mantenham como associações, mas se for implementada a SAF, devem seguir suas normas, pois o intuito é de dar maior transparência e governança para futuros investimentos privados. Assim, dentro das suas características e prioridades, mostra-se que esse sistema é apenas uma via alternativa mais específica ao desporto e não uma imposição de escolha da S. A²⁴.

Outro projeto muito discutido é o PL nº 5.082/2016²⁵, que institui o clube-empresa com a proposta dos clubes adotarem uma das formas de sociedade empresária já existentes no CC. Entretanto, nesse PL não há a obrigatoriedade de transformação em sociedades empresárias, assim, respeitando o princípio da autonomia das entidades desportivas, de modo que pode haver a manutenção das associações desportivas. O PL foca na tentativa de reestruturação para que haja o pagamento no prazo de 1 ano de dívidas públicas e admite regras especiais para as dívidas trabalhistas e cíveis. Inclui ainda a possibilidade de recuperação judicial própria, sem a necessidade de carência de 2 anos, conforme a LRF impõe²⁶.

A mera criação de novos tipos societários específicos para as entidades desportivas não é a solução e sim, uma modernização estrutural no futebol, sendo compreendida como uma transação comercial mundial. Logo, a transformação dos clubes em sociedades empresárias, de forma isolada, acarretará gestões precárias, caso não ocorra uma profunda

²²BRASIL. *Projeto de Lei nº 5516*, de 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8025061&ts=1614355710336&disposition=inline>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

²³CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. *Características da proposta de criação do Novo Sistema do Futebol brasileiro - Parte 1*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/meio-de-campo/313640/caracteristicas-da-proposta-de-criacao-do-novo-sistema-do-futebol-brasileiro-parte-1>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

²⁴Ibidem.

²⁵BRASIL. *Projeto de Lei nº 5082*, de 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1452633&filename=Tramitacao-PL+5082/2016>. Acesso em: 27 abr. 2020.

²⁶PAULO, Pedro. *Saiba mais sobre o Projeto Clube-Empresa*. Disponível em: <<http://www.pedropaulo.rio/saiba-mais-sobre-o-projeto-clube-empresa/>>. Acesso em: 06 mai. 2021.

mudança nas ações de dirigentes, na medida que se exija uma gestão profissional com aplicação de estratégias inovadoras.

Neste processo de transformação do clube é importante que não ocorra um distanciamento de suas raízes histórico-culturais com os seus associados e torcedores para que seja feita uma escolha adequada no momento da sua transformação organizacional e que os clubes acompanhem o processo de criação das normas norteadoras do processo para que seja levada em conta atual condição financeira dos clubes²⁷.

3. O IMPACTO TRIBUTÁRIO NA MODIFICAÇÃO DO REGIME FISCAL E A IMPORTÂNCIA DA CORRETA MIGRAÇÃO LEGISLATIVA

A legislação tributária brasileira prevê tratamento diferenciado às entidades desportivas profissionais, por meio de isenções de tributos ou mera dispensa legal ao pagamento, de acordo com o artigo 175, do CTN²⁸, sendo um benefício importante para a continuidade de suas atividades. Os clubes que optam pelo modelo jurídico de associação são considerados sociedade em comum, modelo de sociedade não personificada, não possuem imunidade Constitucional, pois não estão elencados no rol do art. 150, da CR²⁹. Contudo, em 1997, foi instituída a isenção de imposto de renda (IR) e da contribuição sobre o lucro líquido (CSLL) para as associações sem fins lucrativos³⁰.

No entanto, é importante observar os requisitos legais: constituição no formato de associação civil sem fins lucrativos e a destinação das receitas obtidas pelos clubes serem tão somente ao seu custeio e ao desenvolvimento dos seus fins sociais. Assim, ao passo que são cumpridos esses requisitos, se torna irrelevante o poderio financeiro ou os números de torcedores do clube, eles fazem jus aos benefícios tributários³¹. Como os clubes, em sua grande maioria, se organizarem como associações sem fins lucrativos, são isentos de IRPJ,

²⁷COELHO, Ari Bruno Brito. *A reestruturação jurídica das entidades de prática desportiva do futebol brasileiro*. 2019. 83 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2019, p. 71. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/199465/Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso_Ari%20Bruno%20Coelho_Vers%C3%A3o%20Final_R.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2021.

²⁸ BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2021

²⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 abr. 2021.

³⁰PACHECO, Carlos Adriano. *Isonção Fiscal x Futebol Profissional*. Disponível em: <<https://www.pachecoadogados.com.br/texto.php?cod=15>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³¹CARVALHO, Alberto. *Imunidades e isenções tributárias dos principais tributos federais para os Times de Futebol*. Disponível em: <<https://www.andretorres.adv.br/imunidades-e-isencoes-tributarias-dos-principais-tributos-federais-para-os-times-de-futebol/>>. Acesso em: 12 abr. 2021.



CSLL e PIS/COFINS, sua tributação se refere ao pagamento de 5% de sua receita bruta decorrente de eventos desportivos, patrocínios e licenciamento de marca para o pagamento da contribuição previdenciária³², ficando dispensado o recolhimento da contribuição patronal e do seguro acidente de trabalho. Frisa-se que a isenção de PIS/COFINS é relativa às atividades próprias das entidades sem fins lucrativos, em contrapartida há o desconto na alíquota de 1% de PIS sobre a folha salarial e que a não contribuição ao INSS pelo período superior a 3 meses possibilita a rescisão unilateral do contrato pelo atleta. Apesar desta tributação simplificada o que observamos é o endividamento dos clubes a longo prazo, provavelmente, devido a gestões amadoras.

A principal fonte de arrecadação ocorre pela venda dos direitos de transmissão e patrocínios. Por determinação da Lei Pelé, a alíquota de 20% do direito de transmissão deve ser dividida entre os atletas, como forma de compensar o direito de imagem. Pela regra contábil as receitas de patrocínio, transmissão, imagem, bilheteria e afins devem ser divulgados em balanços específicos do resultado operacional³³. Entretanto, essa regra, muitas vezes, não é respeitada até por nossa cultura contábil em que é “melhor” dever ao fisco e continuar investindo do que pegar empréstimos para quitar os tributos.

Com o objetivo de tentar solucionar esse problema foram criados inúmeros programas de refinanciamento de dívidas, para o futebol os principais foram o Timemania e o PROFUT, no qual teve mais adesão. O PROFUT consiste na regularização de débitos fiscais federais, oferecendo o parcelamento e redução dos juros para estas dívidas, a partir de sua adesão os clubes passam a ter algumas obrigações conforme dispõe a sua legislação. Assim, se o clube não cumprir com suas obrigações fica sujeito a exclusão do PROFUT, assegurado a ele o contraditório e ampla defesa, após ser devidamente notificado sobre o possível descumprimento³⁴.

Em 2020, foi regulamentada a transação tributária que permite a regularização definitiva dos débitos fiscais. O seu objetivo é acabar com os parcelamentos especiais com condições que só beneficiava os maus pagadores e desestimulava a quitação dos débitos. Agora, o fisco decide quem pode usufruir das condições especiais de parcelamento para a quitação dos débitos, além de impor regras a serem cumpridas para que haja a sua concessão e

³²CIARALO, Alécio. *Aspectos tributários da transformação dos clubes de futebol no Brasil*. Disponível em: <https://www.lance.com.br/futebol-nacional/aspectos-tributarios-transformacao-dos-clubes-futebol-brasil.html>. Acesso em: 12 abr. 2021.

³³FIORAVANTE, Melina Joice. *A tributação sobre o desporto*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/120331/a-tributacao-sobre-o-desporto>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁴PETROCCHI, Thiago. *Profut – Tudo o que você precisa saber sobre o parcelamento tributário*. Disponível em: <https://ataquemarketing.com/gestao/profut/>. Acesso em: 17 abr. 2021.



a sua continuidade. A sua criação não é específica para as dívidas tributárias dos clubes de futebol, mas eles podem se beneficiar desse instrumento e tentar solucionar a enorme dívida fiscal que, é vista como secundária em relação as outras e acaba por se tornar crônica³⁵.

Diante da delicada situação financeira dos clubes, agravada pela covid-19, buscou-se a possibilidade de recuperação judicial (RJ) pelos clubes de futebol, mesmo não tendo respaldo legislativo, pois a ausência de fins lucrativos das associações inviabiliza a discussão do seu passivo pela RJ. Com isso, há pontos importantes a serem analisados para melhor compreender a viabilidade do procedimento.

Resumidamente a RJ é o procedimento em que o devedor deve apresentar um plano de RJ que é deliberado e votado em Assembleia Geral, após sua aprovação, o devedor se compromete a pagar suas dívidas da maneira estipulada no plano. Analisando pelo viés desportivo, pode levar ao caos tendo em vista que a cada 3 anos há mudança de gestão que normalmente não segue a mesma linha política, assim, a nova diretoria se obrigada a manter os antigos contratos nas condições aprovadas pelo plano de RJ. Outro ponto é a restrição de créditos fornecido pelas instituições financeiras, onde a diminuição de suas receitas pode influenciar na negociação com credores e o pagamento de despesas existentes, com isso, há uma dificuldade enorme do clube em honrar suas dívidas sem recorrer a empréstimos desvantajosos. A responsabilização do gestor é mais um ponto, uma vez que tal medida depende da previsão estar caracterizada no estatuto social do clube, sendo que poucos clubes permitem a responsabilização ou ajuizamento ao direito de regresso. Dessa forma, é questionável que um clube queria recorrer a RJ sem a possibilidade de responsabilização de seus administradores ou gestores que costumam priorizar o aspecto esportivo a questão financeira usando como bengala a paixão dos torcedores³⁶.

Portanto ressurgem a discussão sobre a criação de novos modelos jurídicos visando a migração do modelo associativo para o empresarial, com a necessidade de modificação do sistema tributário para se alinhar a lei da S.A. Existem no Congresso Nacional alguns Projetos de Lei (PL) sobre o tema, contudo apenas dois tramitam com mais celeridade, são eles o que institui a SAF e o que institui o clube-empresa, ambos pretendem modificar a tributação dos clubes de futebol criando uma modalidade de organização dos clubes.

³⁵TRENGROUSE, Pedro. *Uma proposta de transação tributária para o futebol brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-11/opiniaao-proposta-transacao-tributaria-futebol>>. Acesso em: 16 mai. 2021.

³⁶MACEDO, Fausto. *Recuperação judicial dos clubes de futebol: possibilidade x viabilidade*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/recuperacao-judicial-dos-clubes-de-futebol-possibilidade-x-viabilidade/>>. Acesso em: 17 mai. 2021.



A SAF tem o intuito de transformar as associações desportivas em empresas, oferecendo benefícios fiscais, parcelamento de débitos com significativa remissão de multas, juros e isenção de encargos legais, oportunidade de recuperação judicial e um regime especial trabalhista. Assim, esse PL tem o objetivo de seguir as regras societárias como quóruns, funcionamento dos Conselhos Fiscais e Administrativos, permissão para emissão de debentures, ações ordinárias e preferenciais como modo de auto custeio. Outro quesito importante é o de amortizar as dívidas já existentes, assim, há a criação de um parcelamento de dívidas especial, com uma tributação única na alíquota de 5% sobre a receita com o futebol, o que já acontece atualmente. Porém para que ocorram todas essas benesses, os clubes de futebol têm a obrigatoriedade de se transformarem em sociedades empresárias³⁷.

Já o PL do clube-empresa estimula, mas não obriga, a migração dos clubes associativos para empresas, estabelecendo regras de governança, publicidade do demonstrativo financeiro, cria o SIMPLES-FUT que é um regime de tributação único e dá descontos em juros e multas, de modo que quanto menor o tempo de parcelamento, maior será o desconto aplicado. Ainda, gera a possibilidade de sujeitar-se ao procedimento da recuperação judicial da Lei nº 11.101/05³⁸, sendo certo que o pedido de recuperação não leva a hipótese de rebaixamento e os clubes podem inserir-se no Programa Centralizado de Execução na Justiça do Trabalho, no qual cria uma conta única para o depósito de valores referentes a débitos trabalhistas provenientes de decisões judiciais.³⁹

Embora sejam bons PL, deve haver respeito integral às regras para que a transformação dos clubes não se torne mero artifício para se beneficiar da diminuição na cobrança de tributos, da facilitação nos parcelamentos e deduções fiscais, senão, todo o planejamento será ineficaz, gerando desconfiância e provável afastamento de investidores. Intensificando a dificuldade de avançar na organização do sistema de profissionalização dos clubes, pois o mercado financeiro busca apenas o lucro e não a paixão como o torcedor.

O esforço estatal para estimular uma boa gestão é importante, mas não essencial e não pode ser visto como transformador de um desporto sustentável. Destarte que o Estado enfrenta muitas dificuldades com déficit orçamentários e impopularidade política, assim, se torna mais complexo que os representantes do povo exijam a aplicação de punições severas

³⁷FIGUEIREDO, André Luiz Marquete; QUEIROZ, Eduardo Figueiredo. *O clube-empresa e a sociedade anônima do futebol*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320337/o-clube-empresa-e-a-sociedade-anonima-do-futebol>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

³⁸BRASIL. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³⁹MONTEIRO JÚNIOR, Paulo Rodrigues. *Principais impactos do PL 5.082/2016 no Direito Desportivo Brasileiro*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81885/principais-impactos-do-pl-5-082-2016-no-direito-desportivo-brasileiro>>. Acesso em: 20 abr. 2021.



no âmbito desportivo aos clubes que mobilizam milhões de pessoas. O esporte necessita de uma atuação séria e rápida, não podendo se pautar na concretização de circunstâncias utópicas, gerando o risco de parecer⁴⁰.

Pelo exposto, é perceptível que a mera migração de clubes associativos em sociedades empresárias não é a solução e nem a salvação das entidades desportivas se elas continuarem com gestões amadoras. As mudanças nas regras de tributação são um estímulo para que os clubes se reorganizem financeiramente amortizando as dívidas, mas sem deixar de fazer uma gestão responsável, em que se deve arrecadar mais do que gasta. Boa governança, ajuste societário e tributário, pode atrair investidores, pois os limites serão dados pelas cláusulas pactuadas pelos particulares integrantes da relação contratual, ou seja, seguindo o princípio do *pacta sunt servanda*, o contrato faz lei entre as partes, desde que não haja nenhum vício jurídico ou seja vedado por lei. Desse modo, há mais segurança jurídica para que haja os devidos investimentos nos clubes de futebol, seja pela Lei do Clube-Empresa ou do SAF⁴¹.

CONCLUSÃO

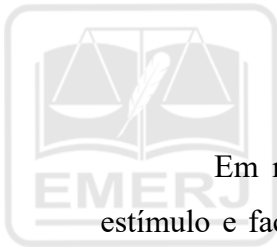
Primeiramente demonstrou-se como foi instituído FPF na Europa, cujo objetivo foi a implementação de gestões responsáveis, introduzindo progressivamente regras para alcançar o equilíbrio financeiro, respeitando os limites orçamentários de cada clube.

Desse modo, buscando o equilíbrio financeiro dos clubes brasileiros e garantir seu futuro financeiro, procura-se opções como a criação do clube-empresa, que possibilitaria novas formas de investimentos, facilitação de pagamento das dívidas existentes, simplificação da tributação e a criação de um plano de recuperação judicial próprio.

Para tanto, existe a necessidade de modificação do sistema tributário alinhando-se com a lei das sociedades empresárias, assim, exige-se cautela na criação deste novo regime tributário específico para os clubes de futebol para que seja mais atrativo as entidades desportivas sem que impacte tanto na arrecadação da União. O pilar dessa transformação deve ser a atuação do gestor que deverá agir com profissionalismo, responsabilidade e transparência na administração e nas operações financeiras dos clubes.

⁴⁰ MOTTA, op. cit., p. 319.

⁴¹ FIGUEIREDO, op. cit.



Em resumo, fica claro que as modificações legislativas propostas são apenas um estímulo e facilitação para que os clubes de futebol busquem o equilíbrio financeiro com o objetivo de aumentar a arrecadação e quitar os débitos existem para que futuramente possam equalizar suas contas. Ressalta-se, que é necessário um esforço conjunto dos gestores dos clubes de futebol com os parlamentares para que seja uma iniciativa eficiente de recuperação da saúde financeira das entidades desportivas e do devido pagamento dos débitos fiscais e particulares.

Mediante o exposto, esse artigo teve como objetivo responder ao problema financeiro que enfrentam os clubes de futebol para equalizar as suas contas devido a consecutivas gestões malfeitas.

REFERÊNCIAS

BORGES, Milton Freitas. *O fair-play financeiro na União Européia de Futebol (UEFA)*. 2015. 398 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<http://www.tede.udesc.br/bitstream/tede/368/1/125384.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021

_____. *Lei nº 9.615*, de 24 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. *Lei nº 8.672*, de 6 de julho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18672.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 de abr. de 2021.

_____. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 5082*, de 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1452633&filena me=Tramitacao-PL+5082/2016>. Acesso em: 27 de abr. de 2020

_____. *Projeto de Lei nº 5516*, de 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8025061&ts=1614355710336&disposition=inline>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

CARVALHO, Alberto. *Imunidades e isenções tributárias dos principais tributos federais para os Times de Futebol*. Disponível em: <<https://www.andretorres.adv.br/immunidades-e-isencoes-tributarias-dos-principais-tributos-federais-para-os-times-de-futebol/>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. *Motivos para criação da Sociedade Anônima do Futebol – SAF*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/meio-de-campo/310685/motivos-para-criacao-da-sociedade-anonima-do-futebol-saf>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. *Características da proposta de criação do Novo Sistema do Futebol brasileiro - Parte 1*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/meio-de-campo/313640/caracteristicas-da-proposta-de-criacao-do-novo-sistema-do-futebol-brasileiro-parte-1>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. *Características da proposta de criação do Novo Sistema do Futebol brasileiro - Parte II*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/meio-de-campo/314088/caracteristicas-da-proposta-de-criacao-do-novo-sistema-do-futebol-brasileiro-a-sociedade-anonima-do-futebol-parte-2>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

CIARALO, Alécio. *Aspectos tributários da transformação dos clubes de futebol no Brasil*. Disponível em: <<https://www.lance.com.br/futebol-nacional/aspectos-tributarios-transformacao-dos-clubes-futebol-brasil.html>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

COELHO, Ari Bruno Brito. *A reestruturação jurídica das entidades de prática desportiva do futebol brasileiro*. 2019. 83 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456_789/199465/Trabalho%20de%20Conclus%c3%a3o%20de%20Curso_Ari%20Bruno%20Coelho_Vers%c3%a3o%20Final_R.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2021.

ESCUDEIRO, Leonardo. *Uefa afrouxa Fair Play Financeiro para compensar perdas causadas pela pandemia do Coronavírus*. Disponível em: <<https://trivela.com.br/europa/uefa-afrouxa-fair-play-financeiro-para-compensar-perdas-causadas-pela-pandemia-do-coronavirus/>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

FIGUEIREDO, André Luiz Marquete; QUEIROZ, Eduardo Figueiredo. *O clube-empresa e a sociedade anônima do futebol*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320337/o-clube-empresa-e-a-sociedade-anonima-do-futebol>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

FIORAVANTE, Melina Joice. *A tributação sobre o desporto*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/120331/a-tributacao-sobre-o-desporto>>. Acesso em: 14 abr. 2021.



GRAFIETTI, Cesar. *O que é Fair Play Financeiro*: para começar a conversa no bar. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/colunistas/cesar-grafietti/o-que-e-fair-play-financeiro-para-comecar-a-conversa-no-bar/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

MACEDO, Daniele. *Salário de Eficiência*. Disponível em: <<https://economistasthanet.blogspot.com/2012/06/salario-de-eficiencia.html>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

MACEDO, Fausto. *Recuperação judicial dos clubes de futebol*: possibilidade x viabilidade. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/recuperacao-judicial-dos-clubes-de-futebol-possibilidade-x-viabilidade/>>. Acesso em: 17 de mai. 2021

MONTEIRO JÚNIOR, Paulo Rodrigues. *Principais impactos do PL 5.082/2016 no Direito Desportivo Brasileiro*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81885/principais-impactos-do-pl-5-082-2016-no-direito-desportivo-brasileiro>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

MOTTA, Luciano de Campos Padro. *O mito do clube-empresa*. Belo Horizonte: Sporto, 2020.

PAULO, Pedro. *Saiba mais sobre o Projeto Clube-Empresa*. Disponível em: <<http://www.pedropaulo.rio/saiba-mais-sobre-o-projeto-clube-empresa/>>. Acesso em: 06 mai. 2021.

PERRUCCI, Felipe Falcone. *CLUBE-EMPRESA*: modelo brasileiro para transformação dos clubes de futebol em sociedades empresárias. Minas Gerais: D'Placido, 2017.

PESSOA, Maria. *Você sabe o que é a Lei Pelé? Entenda!* Disponível em: <<https://blog.advocaciamariapessoa.com.br/voce-sabe-o-que-e-a-lei-pele-entenda/>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

PETROCCHI, Thiago. *Profut* – Tudo o que você precisa saber sobre o parcelamento tributário. Disponível em: <<https://ataquemarketing.com/gestao/profut/>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

PROSSEADOR. *O que é o Fair Play Financeiro da UEFA?* Disponível em: <<http://oproseador.com.br/o-que-e-o-fair-play-financeiro-da-uefa/>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

RAMOS, Rafael Teixeira. *Clube-empresa*: olhar crítico jurídico. Disponível em: <<https://leiemcampo.com.br/clube-empresa-olhar-critico-juridico/>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

TRENGROUSE, Pedro. Uma proposta de transação tributária para o futebol brasileiro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-11/opinio-proposta-transacao-tributaria-futebol>>. Acesso em: 16 mai. 2021.

UEFA. *"Fair play" financeiro*: tudo o que precisa saber. Disponível em: <<https://pt.uefa.com/news/0222-0e89a7a3c455-71f07795acb3-1000--fair-play-financeiro-tudo-o-que-precisa-saber/?referrer=%2Fcommunity%2Fnews%2Fnewsid%3D2065454>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NAS HIPÓTESES DE MULTIPARENTALIDADE

Danielle Quintanilha Camillo

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

Resumo – a guarda compartilhada é instituto de Direito de Família que gera muitas discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, especialmente nos casos mais conflituosos, em que não há um ambiente harmônico entre as partes. O objetivo desse trabalho é abordar a compatibilização deste instituto com a multiparentalidade, que foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro recentemente, além de sugerir como o magistrado deve aplicar a guarda nessas hipóteses.

Palavras-chave – Direito de Família. Guarda Compartilhada. Multiparentalidade.

Sumário – Introdução. 1. O surgimento das famílias recompostas e a conseqüente reorganização familiar. 2. A possibilidade de compatibilização dos institutos da guarda compartilhada e da multiparentalidade. 3. A aplicação da guarda compartilhada na multiparentalidade, notadamente nos casos conflituosos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca abordar a possibilidade de compatibilização dos institutos da guarda compartilhada e da multiparentalidade a luz do princípio do melhor interesse do menor e de acordo com o entendimento da jurisprudência pátria em relação a obrigatoriedade da aplicação da guarda conjunta.

A quantidade de divórcios e dissoluções de união estável são cada vez maiores no Brasil. Dessa forma, o Judiciário tem sido instado a decidir sobre a guarda dos filhos que são frutos dessas relações amorosas. Antigamente, a guarda unilateral era adotada como regra. Entretanto, nos dias de hoje, após diversas mudanças sociais, especialmente a superação da família patriarcal, foram redefinidos os papéis cotidianos dentro da unidade familiar e, como consequência, criados novos tipos de guarda como, por exemplo, a compartilhada.

Ainda, a partir da viragem de valores proporcionada pela Constituição de 1988, surgiram novas formas de família, baseadas no afeto, no carinho e no amor e, desse cenário, sobreveio a pluripaternidade. Na hipótese de uma ruptura do casamento ou da união estável em que esteja envolvido um menor que tenha múltiplas filiações, busca-se a melhor forma de organizar a guarda, tendo em vista que é nesse momento de rompimento em que os ânimos estão acirrados e em que há o auge do distanciamento do ex-casal, o que dificulta o procedimento.



Num primeiro momento, no capítulo um, é feito um estudo da evolução histórica das famílias, da mutação social em relação à mulher e a conseqüente alteração de papéis dentro da família. Ademais, analisa-se o impacto dessas transformações na relação parental, sobretudo no momento da decisão sobre a guarda.

Nesse sentido, no segundo capítulo, examina-se a hierarquia das paternidades na multiparentalidade e, a partir desse conhecimento, é possível examinar as repercussões que os diferentes tipos de paternidade (biológica e socioafetiva) tem numa eventual aplicação da guarda compartilhada. Em continuidade, foram apresentadas as peculiaridades e dificuldades da aplicação dos institutos nos casos concretos e o capítulo é finalizado com o estudo da possibilidade de harmonização entre eles.

Embora tenha-se chegado à conclusão pela possibilidade da compatibilização dos institutos, é sabido que no campo prático não é simples realizar essa conciliação. Dessa forma, no último capítulo, busca-se trazer soluções que poderiam ser aplicadas por magistrados, com o objetivo de que seja encontrada a melhor alternativa para o caso concreto, sempre sob o enfoque do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A pesquisa será desenvolvida pelo método de pesquisa hipotético-dedutivo trazendo argumentos a fim de comprovar ou refutar argumentativamente as hipóteses apresentadas. Em relação à abordagem da pesquisa, será realizada pelo método qualitativo, utilizando-se de importantes fontes bibliográficas já publicadas para sustentar a tese desenvolvida.

1. O SURGIMENTO DAS FAMÍLIAS RECOMPOSTAS E A CONSEQUENTE REORGANIZAÇÃO FAMILIAR

Nas últimas décadas do século XX, o mundo experimentou diversas mutações sociais. Especificamente em relação à mulher e a sua posição na sociedade, a partir da revolução feminista dos anos 1960, as mudanças foram substanciais, o que impulsionou uma reestruturação do papel de cada indivíduo dentro da unidade familiar.

As mulheres passaram – e ainda passam – por um período de profunda transmutação, em que estão tomando conhecimento de si próprias, e empoderando-se para dominar espaços que antes lhe eram inacessíveis, como o mercado de trabalho. Nesse perspectiva, importante lembrar que até 1962 a esposa precisava da autorização de seu marido para laborar.

Em 1988, foi promulgada a chamada Constituição Cidadã, que igualou os direitos entre homens e mulheres. No âmbito do Direito de Família, os equiparou na sociedade conjugal, além de conceder à ambos o exercício do poder familiar.



Nos dias atuais, há uma clara tendência dos pais abraçarem mais a posição de cuidador, enquanto as mães têm assumido cada vez mais a função de provedora financeira. Staud e Wagner¹ realizaram um estudo comparativo entre casais brasileiros e espanhóis separados e concluíram que há um maior desejo por parte dos homens de hoje em se envolver ativamente na educação rotineira de seus filhos, independentemente da sua relação com a mãe destes. Os participantes da pesquisa reclamaram que encontram barreiras para exercer esse direito, havendo uma grande “contradição social” que de um lado pretendem que sejam pais presentes e de outro criam empecilhos para que isso seja efetivado na prática.

Há atualmente associações que lutam pela igualdade parental real, e não apenas legislativa. Os números também corroboram a ocorrência dessa transformação social em relação ao interesse dos pais em participar vivamente da educação de seus filhos. Segundo dados do IBGE², o número de guarda compartilhada concedidas no país aumentou quase três vezes entre 2014 e 2017, saltando de 7,5% para 20,9%.

Além disto, outro fator que teve influência direta na instituição familiar foi a expansão do movimento individualista³, em que as pessoas passaram a valorizar mais a sua individualidade, o que resultou numa maior intolerância às diferenças. Isto, entretanto, não significa que as pessoas desistiram das relações conjugais, e sim que se tornou mais difícil mantê-las, pois o individualismo e a busca pela liberdade se tornaram muito valorizados pela sociedade pós-moderna.

Bauman⁴ também aponta o advento da tecnologia como um motivo de mutação social, uma vez que as pessoas estão cada vez menos dispostas a se comprometerem verdadeiramente em uma relação amorosa, trocando o “amor real pelo virtual”, em que se é muito mais fácil descartar o outro. Isso, segundo o autor, torna as relações mais fluidas e frágeis, o que ele denomina como “amor líquido”. Nesse sentido, Diniz⁵ entende que “a sociedade atual é marcada pela cultura do consumismo e do descartável, em que a banalização do afeto e do outro podem comprometer a qualidade das relações amorosas”.

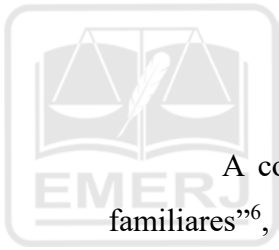
¹STAUDT; WAGNER apud SENA, Denise; PENSO, Maria Aparecida, *Os juízes de família e a guarda compartilhada: uma análise psicojurídica*. Jundiaí: Paco Editorial, 2018, p. 90.

²TALLMANN, Helena et al. Dividindo responsabilidades. *Revista Retratos*. Rio de Janeiro, n. 16, p. 6-11, fev. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/d4581e6bc87ad8768073f974c0a1102b.pdf> Acesso em: 01 set. 2020.

³SENA; PENSO, op. cit., p. 47.

⁴BAUMAN apud CEZAR-FERREIRA, Verônica A. Da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini. *Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica*. Porto Alegre: Artmed, 2016, p. 60.

⁵DINIZ apud SENA; PENSO, op. cit., p. 48.



A consequência dessa viragem de paradigmas sociais é a “pluralidade de arranjos familiares”⁶, que são consequência do aumento do número de divórcios⁷ e também de recasamentos, do reconhecimento da multiparentalidade, de pais e mães solteiros, das uniões homoafetivas, do poliamor, entre outros.

Nesse contexto surgiram as famílias reconstituídas, também chamadas de recompostas. Apesar de ainda não possuírem amparo legal, estão se proliferando no meio social, sendo uma realidade fática que não pode ser ignorada pelo direito, já que dessas relações nascem vínculos afetivos que devem ser amplamente preservados pelo Estado. Merece especial atenção a proteção no que tange ao à criança ou adolescente envolvido, tendo em vista que a relação afetiva deste com a sua mãe ou pai socioafetivo deve ser plenamente assegurada.

Rolf Madaleno e Rafael Madaleno⁸ salientam que atualmente:

proliferam novos relacionamentos e estas novas unidades familiares trazem a experiência do convívio consentâneo do progenitor biológico, que segue vivo e presente, como titular do poder familiar, mas seu filho tem em paralelo outro guardião com quem divide a atenção do seu tempo e da sua educação, por meio da figura do padrasto ou madrasta, multiplicando a unidade familiar e seu turno a custódia fática e legal da criança ou do adolescente. Portanto, nas famílias reconstituídas coexistem as figuras de um progenitor genético e outra pessoa que desempenha ou pode desempenhar funções parentais que não mais pertencem com exclusividade apenas ao genitor biológico, estabelecendo-se um jogo triangular ou quadrangular de adultos voltados à guarda e aos cuidados concomitantes de crianças e adolescentes.

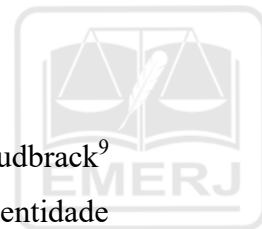
Nesse momento, é importante distinguir as figuras do pai ou mãe socioafetiva e do padrasto e da madrasta. Os primeiros são resultado de uma relação afetiva construída por meio do tempo entre duas pessoas, enquanto os últimos são resultantes da relação conjugal entre a mãe ou pai e o padrasto ou madrasta, o que não pressupõe nenhum vínculo de afetividade com o enteado. Frequentemente, como consequência da convivência cotidiana, o elo entre padrastos e madrastas e seus enteados evolui para a paternidade ou maternidade socioafetiva, que para surtir efeitos jurídicos deve ser expressamente reconhecida pela via judicial ou extrajudicial.

O término do casamento, portanto, não representa o fim daquela unidade familiar quando há filhos. Isso porque os pais passam a ser ex-casal, porém os menores provenientes dessa relação continuam a necessitar de todos os cuidados necessários de seus ascendentes, que

⁶Ibid., p. 72.

⁷CEZAR-FERREIRA; MACEDO, op. cit., p. 31.

⁸MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 119.



jamais serão ex-pais, para o seu bom desenvolvimento biopsicossocial. Penso e Sudbrack⁹ salientam que as relações familiares estão diretamente ligadas com a construção da identidade do indivíduo e que a falta desse suporte familiar impacta diretamente na sua formação.

Nessa acepção, as psicológicas Denise Sena e Maria Aparecida Penso¹⁰ destacam que:

o grande desafio do ex-casal é o de organizar um novo funcionamento familiar, em que seus papéis parentais sejam preservados e fortalecidos para esta nova fase, estabelecendo diálogo sobre os filhos, educação, cuidados, construindo novas fronteiras familiares, entendendo e deixando clara a hierarquia, apesar da separação conjugal.

Sendo assim, é fundamental que essa família se reorganize, de forma a adaptar-se ao novo contexto familiar o mais rapidamente possível, em prol da criança ou adolescente.

2. A POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS DA GUARDA COMPATILHADA E DA MULTIPARENTALIDADE

Antes do advento do Código Civil de 2002 (CC02)¹¹, a guarda dos filhos menores, quando da dissolução da sociedade conjugal, era regulada pela Lei n° 6.515/77¹². A mencionada norma dispõe, a partir do art. 9º, acerca da proteção da pessoa dos filhos. O art. 10 prevê que os filhos do casal ficarão com o cônjuge que não houver dado causa à separação, sendo certo que se ambos forem responsáveis pelo fim da relação, a prole deve ficar com a figura materna.

Ademais, o regramento dispõe que o juiz poderá regular a guarda de modo distinto caso entenda que tal solução é mais vantajosa para os menores. Nesse ponto, é importante ressaltar que o legislador, mesmo que acanhadamente, reconheceu a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar deste princípio ainda hoje não estar previsto de forma expressa na legislação, este restou consagrado implicitamente no direito pátrio por meio da Lei n° 8.069/90 (ECA)¹³ e do CC02¹⁴, que trouxeram uma nova roupagem ao Direito de Família. A incorporação desse

⁹PENSO, Maria Aparecida; SUDBRACK, Maria de Fátima Olivier. O filho fora do tempo: atos infracionais, uso de drogas e construção identitária. *Arq. bras. psicol.*, Rio de Janeiro, v. 61, n° 1, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672009000100002&lng=pt&nrm=iso>.

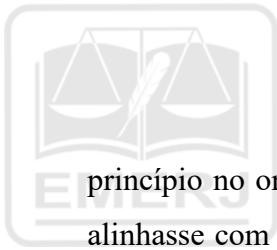
¹⁰SENA; PENSO, op. cit., p. 55.

¹¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

¹²BRASIL. *Lei n° 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

¹³BRASIL. *Lei n° 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 11.



princípio no ordenamento jurídico brasileiro foi imprescindível para que a norma civilista se alinhasse com a Carta Constitucional de 1988, que implementou uma verdadeira viragem de valores por meio da efetivação da primazia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como consequência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a Lei nº 11.698/08¹⁵ modificou os artigos 1.583 e 1.584 do CC02¹⁶ e instituiu a guarda compartilhada. Esse tipo de guarda é tida pelos psicólogos como a que melhor atende ao princípio em tela, pois privilegia os interesses do menor em detrimento das vontades dos pais e permite, assim, que ambos os genitores sigam de fato no exercício do poder, de sorte que a relação e a convivência entre pais e filhos sofra o mínimo de alteração possível após a separação conjugal.

A guarda compartilhada, também chamada de guarda conjunta, surgiu nos Estados Unidos na década de 90, quando estados americanos positivaram este instituto como mais um tipo de guarda¹⁷. A aplicação desse regime é, na realidade, uma tendência mundial¹⁸, sendo que países como Espanha, França, Itália e Inglaterra já o incorporaram ao seu ordenamento jurídico.

Na legislação brasileira, a guarda compartilhada é descrita como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto” e tem como característica que “o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.¹⁹

No campo prático, isso se concretiza em o filho ter uma residência principal, que será o seu ponto referencial em relação aos amigos, à escola, etc. e ao mesmo tempo ter convivência frequente com o outro progenitor que não habita junto a ele. A ideia principal é que ambos os pais tenham responsabilidade igualitária e participação direta na educação do menor.

Nota-se, portanto, que a guarda conjunta não se confunde com a guarda alternada. Esta última, que ainda não é expressamente permitida no Brasil, importa em pluralidade de residências para o menor, que se divide entre a casa de seus pais por períodos alternados, como, por exemplo, em semanas alternadas ou em determinados dias da semana na residência de cada.

¹⁵BRASIL. *Lei nº 11.698*, de 13 de junho de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. A guarda de filhos. In: _____. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. V. 6. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2019, p. 705.

¹⁸CEZAR-FERREIRA; MACEDO, op. cit., p. 30.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 11.



Por esse motivo, o jurista Sílvio Neves Batista²⁰ a descreve como “uma duplicidade de guardas unilaterais e exclusivas”. Essa modalidade de guarda, também conhecida como “criança ping-pong” e “criança mochila”, não é aceita no nosso ordenamento porque há uma alternância da guarda exclusiva dos filhos e, dessa forma, em cada período de tempo, um dos pais não tem a guarda jurídica do menor, o que viola o art. 1.634 do CC02²¹.

Além do mais, essa modalidade de guarda gera bastante polêmica entre os profissionais da psicologia, pois se entende majoritariamente que ela é prejudicial ao menor, uma vez que este fica sem ter um ponto referencial.

Apesar de todo o exposto e da evidente diferença entre os institutos, parte da jurisprudência pátria tem feito confusão entre ambos, aplicando as características da guarda alternada, que é vedada em nosso ordenamento jurídico, sob a designação de guarda compartilhada.

Há infinitas possibilidades para que seja realizada a adequada aplicação do instituto. Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald²² sugerem que o magistrado deve, diante das características do caso concreto, usar a criatividade na disposição da guarda, sempre com observância ao princípio do melhor interesse do menor. Assim, o juiz pode, por exemplo, definir que um dos pais fica responsável por levar e buscar o filho no curso e o outro no colégio ou que um dos pais almoçará com o filho em determinados dias da semana ou ainda que um dos pais passará, com a concordância do outro genitor, na casa do filho todas as noites.

Ademais, uma condição primordial para o sucesso do compartilhamento da guarda é o bom relacionamento entre os pais. Apesar de ainda haver ampla divergência na doutrina e na jurisprudência acerca desse ponto, entende-se que é crucial que estes deixem de lado os dilemas sentimentais e mantenham uma relação cordial e uma comunicação fluida, tendo como objetivo principal o desenvolvimento de seu filho.

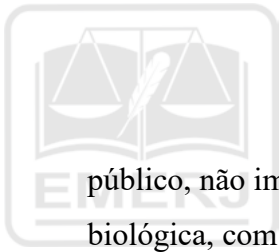
Essa delicada reestruturação do sistema familiar pode-se tornar ainda mais dificultosa nas hipóteses de multiparentalidade. Este instituto, também conhecido como pluriparentalidade, foi inserido definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro com a apreciação do Recurso Extraordinário n° 898.060/SC²³ em de setembro de 2016, oportunidade na qual o STF editou a Tese 622, com a seguinte redação: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro

²⁰BAPTISTA, Sílvio Neves. *Guarda Compartilhada*: Breves comentários aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, alterados pela Lei n. 11.698 de 13 de julho de 2008. Recife: Bagaço, 2008, p. 31.

²¹BRASIL, op. cit., nota 11.

²²FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 707.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 898.060/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false>>. Acesso em: 15 abr. 2020.



público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Dessa forma, restou assentada a possibilidade do reconhecimento de múltiplas filiações, o que representa, na prática, que uma pessoa pode ter três ou mais pais. Além disto, a Suprema Corte decidiu pela não prevalência da paternidade socioafetiva ou da biológica, e optou pela concomitância de ambas em equidade. Portanto, o magistrado, ao se deparar com um pedido de fixação de guarda que envolva multiparentalidade, deve ter a premissa fundamental da igualdade filial entre o pai socioafetivo e o biológico, não podendo haver distinção apenas pela origem da filiação.

Nas hipóteses de pluriparentalidade, os juristas Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald²⁴ entendem ser perfeitamente possível a aplicação da guarda compartilhada, desde que, assim como na guarda compartilhada “comum”, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente seja sendo integralmente observado.

Salientam, ainda, que quando o STF pacificou a matéria, não restaram dúvidas na interpretação da tese fixada, pois ficou claro que o reconhecimento da multiparentalidade gera todos os efeitos jurídicos da parentalidade previstos no art. 1.634 do Código Civil de 2002²⁵, como o pleno exercício do poder familiar e da guarda unilateral ou compartilhada.

Não vislumbra-se, do ponto de vista psicológico, nenhum prejuízo à criança e ao adolescente o compartilhamento da guarda por três ou mais pais, desde que haja harmonia entre eles. Ao contrário, as autoras Denise Sena e Maria Aparecida Penso²⁶ pensam que o mais danoso ao desenvolvimento biopsicossocial da criança ou adolescente é estabelecer períodos de afastamento com quem o menor tem vinculação afetiva. Estudos realizados por psicólogos²⁷ concluíram pela importância dessa ampla participação paterna e materna para que haja sucesso institucional e o adequado crescimento sadio do indivíduo.

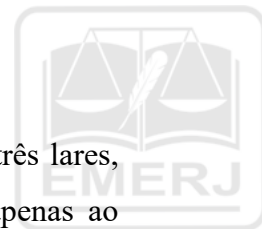
Importante salientar que defende-se aqui a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada no sentido de divisão dos cuidados e responsabilidades diárias com a prole, de forma que o menor possua um lar de referência. Deve-se rechaçar veementemente a aplicação das características da guarda alternada na multiparentalidade, pois os prejuízos emocionais e psicológicos decorrentes desse tipo de guarda já são facilmente observados nos rebentos com dois genitores, o que somente se agravaria se aplicada na pluriparentalidade.

²⁴FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 717-718.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 11.

²⁶SENA; PENSO, op. cit., p. 48.

²⁷CEZAR-FERREIRA; MACEDO, op. cit., p. 63.



A instabilidade gerada na criança ou adolescente, que nesse cenário teria três lares, traria imensuráveis danos na sua formação psicoemocional e física e atenderia apenas ao anseio dos adultos de tê-lo em sua companhia, o que viola frontalmente o princípio do melhor interesse do menor. Além disso, o que é imperativo para a manutenção do vínculo parental não é a quantidade de tempo juntos e sim a qualidade do tempo, somada a assunção de responsabilidades do pai com o seu filho.

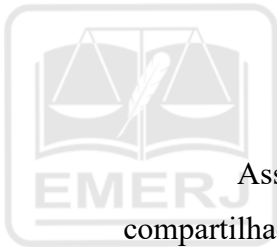
Nos casos em que a mãe ou o pai biológico permanecem casados com o pai ou a mãe socioafetiva, não há maiores repercussões práticas na guarda compartilhada, pois estes dividirão os cuidados diários com o outro pai ou mãe biológica que não faz parte do casal. Entretanto, quando ocorre a dissolução conjugal desse casal da família recomposta (pai ou mãe biológica com a mãe ou pai socioafetivo), é onde surge uma complicação, pois serão três pais separadamente a pleitear pela guarda compartilhada.

Em outros termos, antes eram apenas dois núcleos, um que abrangia o pai ou mãe biológica e a mãe ou pai socioafetivo e no outro estava sua mãe ou pai biológico. Esses dois núcleos dividiam a guarda compartilhada. A partir do momento em que o primeiro núcleo se dissolve, caso todos os pais desejem prosseguir com a guarda conjunta daquele filho, deve-se proceder a uma nova redefinição parental. É nessa hipótese que o desafio do magistrado é amplificado, uma vez que passam a ser três núcleos a pretender separadamente a guarda do menor.

A Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou uma apelação em que a sentença de 1º grau havia fixado a guarda compartilhada aos três pais²⁸. No caso em comento, entretanto, o pai biológico requereu que ele fosse excluído do dever de compartilhar a guarda. Sendo assim, restou afastada a guarda conjunta em relação ao pai biológico e, por conseguinte, os desembargadores julgaram ser desnecessária a imposição desse tipo de guarda entre o pai afetivo e a mãe biológica, uma vez que os mesmos permaneciam casados e, portanto, exerciam a guarda plena que é decorrente do próprio poder familiar.

Em suma, quando há harmonia entre os três ou mais pais na multiparentalidade, tem-se uma coparentalidade adequada, em que cada figura paterna e materna está comprometida com a ideia de trabalhar pacificamente e respeitosamente com os demais com o objetivo único de oferecer ao menor o melhor ambiente para o seu crescimento psicológico, físico e educacional.

²⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0282687-28.2012.8.19.0001*. Relatora: Inês da Trindade Chaves de Melo. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3694688&PageSeq=0>>. Acesso em: 14 out. 2020.



Assim sendo, constata-se que é plenamente possível a aplicação da guarda compartilhada nas hipóteses de multiparentalidade em há uma coexistência pacífica entre todos os pais. Uma juíza de Direito de uma Vara de Família do Distrito Federal entrevistada anonimamente por Denise Sena e Maria Aparecida Penso²⁹ aduz que “se os pais forem capazes de dialogar, podem fazer diferentes arranjos quanto a permanência do filho com o outro genitor”.

Geralmente, nesses casos harmônicos em que os pais conseguem separar o exercício da paternidade dos seus problemas conjugais, é realizado um acordo sobre a guarda no início do processo, bastando que a sentença apenas o homologue. O imbróglgio está justamente nas hipóteses em que não há essa admirável harmonia e a demanda segue litigiosa, devendo o juiz decidir sobre o funcionamento daquela família, pois o Estado, conforme preconiza o art. 227 da CRFB/88³⁰, também tem o dever de tutelar pelo bem-estar da criança e do adolescente, e deve garantir que os pais estão resguardando o direito destes.

3. A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NA MULTIPARENTALIDADE, NOTADAMENTE NOS CASOS CONFLITUOSOS

Essa composição de três ou mais pais, apesar de não ser o formato mais usual, é o que aquela criança tem como referência, é onde ela encontra segurança, proteção e cuidado. Por essa razão, as psicólogas Denise Sena e Maria Aparecida Penso³¹ enfatizam a relevância da continuidade da relação da criança ou adolescente com todas as pessoas que ela tem como referência parental.

Nesse contexto, as psicólogas Verônica Cezar-Ferreira e Rosa Macedo³², ressaltam que:

o compartilhamento dos pais na criação e educação dos filhos é o desejo das crianças e adolescentes, seja o casal casado, seja separado ou divorciado, mantenha outra entidade familiar ou nenhuma, viva no mesmo domicílio ou em casas separadas. É-lhes importante sentir que ambos os pais cuidam deles e os protegem, que conversam a seu respeito e lhes dão parâmetros de vida coerentes. Além disso, criar e educar os filhos e possibilitar sua convivência com pai e mãe, suas famílias e a sociedade é obrigação legal.

²⁹SENA; PENSO, op. cit., p. 86.

³⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

³¹SENA; PENSO, op. cit., p. 55.

³²CEZAR-FERREIRA; MACEDO, op. cit., p. 32.

Nessa mesma lógica, Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald³³ preconizam que:

a guarda de filhos, a partir dessa filtragem constitucional, deve ser compreendida como mecanismo de efetivação da proteção prioritária e integral da criança e adolescente em seus núcleos familiares e parentais, por meio do estabelecimento do modelo de custódia e convivência que se mostrar mais adequado ao caso específico.

Para que isso seja efetivado nos casos concretos, os autores³⁴ apontam que é imprescindível que o magistrado se utilize de sua criatividade, uma vez que há inúmeros arranjos que podem ser idealizados para encontrar o contexto mais favorável ao menor. Nesse sentido, Waldyr Grisard Filho³⁵ lembra que no Direito de Família não é possível se ter uma “rigidez formal nem hábitos estandardizados, que mascaram os preceitos constitucionais da igualdade e da liberdade dos cônjuges referentes à sociedade e obscurecem o exercício de uma paternidade responsável”.

Assim, pode-se vislumbrar uma casuística em que a mãe biológica e o pai socioafetivo, casados, compartilhavam a guarda da criança com o seu pai biológico. Em dada ocasião, a mãe biológica e o pai socioafetivo dissolvem a relação marital e o pai socioafetivo, a mãe biológica e o pai biológico manifestam o interesse em compartilhar a guarda do menor.

Como destacou-se anteriormente, quando há mútua cooperação entre todos os pais, não há óbice para a implementação da guarda conjunta, mesmo nessa hipótese de multiparentalidade, pois entende-se que o compartilhamento da guarda é fundamental para a efetivação da continuidade das relações parentais que, como verificou-se, é de vital importância para o crescimento sadio do menor.

Não obstante, nos casos em que o conflito derivado do fim do relacionamento amoroso entre o pai socioafetivo e a mãe biológica transcende o limite marital e adentra a esfera filial, é primordial que o juiz vá a fundo no estudo daquela unidade familiar, para aproximar-se da realidade vivenciada por eles, e então ter as ferramentas necessárias para, utilizando-se da sua capacidade criativa, delinear a melhor conjuntura para a criança.

Isto porque, nesses cenários conflituosos, pode ser que a guarda compartilhada entre todos os pais não seja a mais adequada, uma vez que, não sendo os adultos capazes de separar a esfera conjugal da parental, o clima de animosidade não será resolvido com a implementação da guarda conjunta. De maneira oposta, normalmente o atrito se intensifica, de forma que o

³³FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 695.

³⁴Ibid., p. 707.

³⁵GRISARD FILHO apud ibid.



menor fica no meio do confronto. Nesses casos, deve-se buscar e incentivar progressivamente a guarda compartilhada.

Portanto, sugere-se que o magistrado, ao estruturar esse verdadeiro quebra-cabeça, tenha sempre em mente a importância da continuidade das relações do menor com seus pais. Para isso, é necessário que se identifique quais elementos são mais difíceis para o equilíbrio entre os indivíduos daquele núcleo, para que então o juiz possa intentar solucionar os desentendimentos daquela família de maneira mais participativa.

Nessa perspectiva, Graneiro e Costa³⁶ enfatizam que o magistrado deve adotar uma posição mais humanista e transformadora, de forma a abandonar “o modelo de juiz-árbitro declarante do Direito e se transformar em juiz-acompanhante-partícipe”.

No exemplo criado acima, caso a mãe biológica e o pai socioafetivo estivessem passando por um período conturbado pós-separação, algo bastante recorrente no campo prático, o juiz poderia manter a criança no lar de referência anterior à separação. Para fins didáticos, suponha-se que a mãe continuou a habitar na casa em que vivia com o seu ex-marido, pai socioafetivo do menor. Nessa hipótese, uma solução apropriada seria manter a criança residindo com a mãe biológica no seu lar de referência e compartilhando a guarda com o pai biológico, como já ocorria antes dessa dissolução conjugal.

No que tange ao pai socioafetivo, em razão do atrito entre ele e a mãe biológica, se poderia, provisoriamente, conceder apenas o direito de visita. Isso porque, apesar de entender-se que o mais aconselhável é a preservação da relação entre o filho e o pai, observa-se que, no caso concreto, a hostilidade entre o ex-casal será mais danosa ao menor naquele período.

No entanto, é impreterível que os ex-cônjuges sejam paralelamente acompanhados por uma equipe multidisciplinar a fim de prepará-los ao compartilhamento da guarda num futuro próximo, tendo em vista que esta é a que melhor atende os interesses do menor, em razão de ser a que mais bem preserva as relações paterno-filiais.

Desse modo, constata-se que a manutenção dos vínculos deve ser sempre a diretriz a ser seguida na aplicação da guarda, sobretudo na multiparentalidade. Todavia, essa regra pode ser mitigada quando se revelar mais adequado ao caso concreto.

Em relação ao exemplo didático apresentado, importante ressaltar que não houve prevalência da filiação biológica em detrimento da socioafetiva. Na realidade, optou-se pela mãe permanecer no lar de referência porque é o mais usual. Entretanto, nada impediria que

³⁶GRANEIRO; COSTA apud SENA; PENSO, op. cit., p. 22.



outras disposições fossem realizadas, a depender de quem ficasse no lar de referência e de qual pai ou mãe não estivesse em harmonia com os demais.

No que toca ao acompanhamento por equipe multidisciplinar, as autoras Denise Sena e Maria Aparecida Penso³⁷ ressaltam que é preciso maximizar o aproveitamento desse auxílio pelos juízos, a fim de alinhar os pais à melhor conjuntura factível ao filho. Isso porque o direito não analisa o subconsciente do indivíduo, de forma que é imprescindível o dialógico entre o direito e a psicologia, para interpretar as dificuldades dos ex-cônjuges em se comunicar, o tempo emocional dos indivíduos, entre outros aspectos.

As profissionais destacam, ainda, que o tempo médio que uma família necessita para se reorganizar após a vivência de um divórcio é de três anos. Esse tempo, entretanto, é longo e pode gerar impactos negativos na vida do menor. Por isso, entende-se que o papel da psicologia forense nesses casos deve ser alargado, não se limitando a produção de laudos, pareceres e relatórios, e passando a ter uma posição restaurativa, de forma que, com o maior contato entre as partes, os psicológicos consigam auxiliar as partes a chegarem mais rapidamente a um clima minimamente harmônico que possibilite o compartilhamento da guarda da prole.³⁸

Alguns magistrados entrevistados pelas psicólogas³⁹ revelaram que, por muitas vezes, se dedicam a fazer esse papel de conciliador e conversam com as partes. Apesar disso, é natural que essas pessoas estejam imbuídas de sentimentos negativos em relação ao outro e, somado a isso, temos o formalismo e o ambiente tenso que os Tribunais acarretam, o que se traduz em um espaço não propício para composição, especialmente a familiar.

Dessa forma, o mais adequado é que profissionais com o devido preparo façam um trabalho em separado, a fim de desarmar aqueles pais de modo que eles sejam capazes de separar os seus papéis de ex-cônjuges e de pais, uma vez que nunca deixarão de ser pais e, por isso, precisam trabalhar em prol de um bem maior, qual seja, o seu filho em comum.

Por fim, o magistrado responsável pelo caso, verificando que foi alcançado um ambiente satisfatório para a aplicação da guarda compartilhada entre todos os três ou mais pais, poderá aplicá-la, ressaltando-se, novamente, que as características da guarda alternada devem ser amplamente afastadas.

³⁷Ibid., p. 27.

³⁸Foi realizado um estudo por Hardesty e Hans em que constatou-se que cerca de 20% dos casais divorciados nos Estados Unidos recorrem ao auxílio do serviço psicossocial para fixar a guarda de seus filhos menores. HARDESTY; HANS apud *ibid.*, p. 32.

³⁹Ibid., p. 88-107.



A guarda compartilhada é vista pelos psicólogos como a que mais satisfatoriamente resguarda os direitos da criança e do adolescente uma vez que é a modalidade de guarda que melhor mantém a relação entre pais e filhos, pois preserva o exercício de fato do poder familiar de ambos os genitores. Na prática, a ideia principal é que a criança tenha um lar de referência, o que proporciona à ela a celebrada estabilidade para a sua sadia formação e, ao mesmo tempo, garante um convívio frequente com o seu ascendente que não reside no mesmo lar.

Constata-se que no campo prático o estabelecimento da guarda conjunta encontra diversos obstáculos, pois não raramente os pais encontram-se em um momento de fragilidade pós-separação, no qual o ex-casal está no auge do seu afastamento e descontentamento em relação ao outro. Dessa forma, é comum que não se consiga chegar à uma composição junto aos progenitores. Essa tarefa, incumbida ao magistrado, torna-se ainda mais dificultosa quando estamos diante da multiparentalidade, instituto inserido definitivamente no ordenamento jurídico pátrio pelo STF no Recurso Extraordinário n° 898.060/SC.

Também conhecido como pluriparentalidade, esse instituto permite que um indivíduo tenha três ou mais pais. Em decorrência de diversas mudanças sociais, como a inserção da mulher no mercado de trabalho, essa conjuntura é cada vez mais comum nos dias atuais, em que o pai assume mais a posição de cuidador e a mãe de provedora financeira. Ademais, temos um aumento expressivo no número de divórcios e de recasamentos, o que gera uma pluralidade de arranjos familiares que devem ser protegidos pelo Estado.

No momento em que ocorre o fim do relacionamento conjugal de um casal, essa família precisa se reorganizar, e é imprescindível que seja observado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nessa fase de reestruturação. A estrutura familiar impacta diretamente no desenvolvimento biopsicossocial e, por isso, a sua remodelação dessa ser realizada com base nesse princípio.

Nesse sentido, os profissionais da área da psicologia concordam que os vínculos parentais anteriores devem ser preservados e, em função disso, a doutrina, ainda tímida nesse ponto, entende que é possível a aplicação do instituto da guarda compartilhada na multiparentalidade, pois esta é a modalidade que melhor resguarda o elo paterno-filial. É relevante enfatizar que a guarda compartilhada não deve ser confundida com a alternada, devendo as características desta última serem amplamente afastadas na pluriparentalidade.

Para tanto, a depender do caso concreto, que pode envolver partes que mantêm um ambiente harmonioso até os mais complexos casos litigiosos, é recomendável que o juiz utilize

amplamente todas as ferramentas disponíveis como, por exemplo, a equipe multidisciplinar do Tribunal, para se aproximar ao máximo da realidade do funcionamento daquele núcleo familiar. Desta maneira, ele teria elementos para, utilizando de uma boa dose de sua capacidade criativa, estabelecer a nova organização daquela família, especialmente das mais conflituosas, sempre com observância ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Silvio Neves. *Guarda Compartilhada*: Breves comentários aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, alterados pela Lei n. 11.698 de 13 de julho de 2008. Recife: Bagaço, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Lei nº 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

_____. *Lei nº 11.698*, de 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato_2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 898.060/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0282687-28.2012.8.19.0001*. Relatora: Inês da Trindade Chaves de Melo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3694688&PageSeq=0>>. Acesso em: 14 out. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Aplicação obrigatória da guarda compartilhada*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/01259a0cb2431834302abe2df60a1327>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. Da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini. *Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica*. Porto Alegre: Artmed, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. A guarda de filhos. In: _____. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. V. 6. Salvador: JusPodivm, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Proteção da pessoa dos filhos. In: _____. *Direito Civil Esquemático*. 5. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2018.



IBDFAM. *Decisão do TJ-SP concede guarda a pai socioafetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6162/Decis%C3%A3o+do+TJ-SP+concede+guarda+a+pai+socioafetivo>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PENSO, Maria Aparecida; SUDBRACK, Maria de Fátima Olivier. O filho fora do tempo: atos infracionais, uso de drogas e construção identitária. *Arq. bras. psicol.*, Rio de Janeiro, v. 61, n° 1, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672009000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 set. 2020.

SENA, Denise; PENSO, Maria Aparecida. *Os juízes de família e a guarda compartilhada: uma análise psicojurídica*. Jundiaí: Paco Editorial, 2018.

SILVA, Fernando Salzer e. *Guarda Compartilhada – A questão da fixação do domicílio dos filhos*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/253966/guarda-compartilhada-a-questao-da-fixacao-do-domicilio-dos-filhos>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

TALLMANN, Helena et al. Dividindo responsabilidades. *Revista Retratos*. Rio de Janeiro, n. 16, p. 6-11, fev. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/d4581e6bc87ad8768073f974c0a1102b.pdf> Acesso em: 01 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. O problema da guarda na dissolução do casamento. Análise atualizada com a EC 66/2010 e com a Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória (Lei 13.058/2014). In: _____. *Manual de Direito Civil: volume único*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Dayane Lomba Farias

Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Ex-advogada. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a Lei nº 13.964/19, chamada de pacote anticrime, surgiu como medida de aperfeiçoamento à legislação penal e processual penal, com reflexos na estrutura administrativa judiciária, bem como trazendo embates políticos e doutrinários. É uma de suas criações que está gerando grandes polêmicas é a figura do juiz das garantias. A essência do trabalho é abordar o contexto histórico e político em que se deu a criação do instituto, assim como apresentar as suscitadas inconstitucionalidades da lei, sobretudo sob o prisma do princípio do juiz natural, que tem por essência a prestação jurisdicional de forma una e indivisível, a ser realizada por um juiz previamente encarregado, na forma da lei, como competente para o julgamento de determinada demanda, a fim de garantir independência e imparcialidade do órgão julgador, e como consequência, não se admite a escolha específica nem a exclusão de um magistrado de determinado caso.

Palavra Chave – Direito Processual Penal. Juiz das Garantias. Juiz Natural. Inconstitucionalidade. Lei nº 13.964/19.

Sumário – Introdução. 1. A necessidade de reforma no sistema processual penal e na legislação penal para a instituição do juiz das garantias. 2. Compatibilidade do juiz das garantias com a Constituição de 1988 e o princípio do juiz natural. 3. Da alegada inconstitucionalidade da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a atualização do Código de Processo Penal, em consonância com o sistema processual penal acusatório, com a instituição do Juiz das Garantias pela Lei nº 13.964/19. O objetivo do trabalho é suscitar possível violação ao princípio do juiz natural, garantido pela Constituição de 1988, em seu art. 5º, LIII, que decorre da jurisdição una e indivisível.

O método dedutivo, como um processo de análise de informação que nos leva a uma conclusão, será o norteador do desenvolvimento do trabalho.

Para tanto, o objeto desta pesquisa jurídica terá uma abordagem necessariamente qualitativa, tendo em vista que o pesquisador pretende se valer da



bibliografia pertinente à temática em tela, analisada e esmiuçada na fase exploratória da pesquisa (jurisprudência, doutrina e legislação), a fim de amparar a sua tese.

Analisa-se, de início, a necessidade de dar eficácia concreta e efetiva às normas da Constituição Federal que criam condições para garantir imparcialidade do órgão jurisdicional. Com a necessidade de reforma no sistema processual penal e na legislação penal para a instituição do juiz das garantias

Questionando a possibilidade de divisão da condução dos processos entre dois magistrados, sendo um na fase investigatória, com base na prova inquisitória do inquérito policial, e o outro no processo de conhecimento condenatório, com a submissão ao contraditório.

O trabalho também aborda possível inconstitucionalidade da Lei nº 13.964/19, quanto à forma de instituição do Juiz das Garantias à luz do processo legislativo vigente no ordenamento jurídico pátrio, bem como quanto à violação do princípio do juiz natural.

Direciona-se aos atuais questionamentos de um instituto moderno – Juiz das Garantias - com análise de uma lei objeto de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, desde que a proposta legislativa foi sancionada, tendo em vista que o tema gerou discussões entre juristas, advogados, procuradores, magistrados e outros especialistas.

Assim como aborda as questões sobre a nova figura a atuar no processo penal que giram em torno da aplicação do princípio do juiz natural.

Outrossim, analisam-se as diversas mudanças que ocorrerão a partir desta Lei na prática forense em matéria penal e processual. O juiz das garantias será uma das grandes, mas não a única, mudanças.

Para uns, a instituição do “juiz das garantias”, constitui um reclame antigo para reforma do sistema processual penal brasileiro. Outra parcela, no entanto, levanta questionamentos desde a sua forma de criação à ausência de amparo financeiro e incompatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

Entre essas incompatibilidades, questiona-se a violação da figura do juiz natural decorrente da jurisdição una e indivisível, tendo em vista que com a instituição do juiz das garantias haverá uma cisão: cada processo penal será acompanhado por dois juízes (o juiz de garantias atua apenas na fase da investigação criminal, ao passo que o prosseguimento da apuração e a sentença ficam a cargo de outro magistrado).



Para melhor compreensão do tema, busca-se contextualizá-lo frente à garantia constitucional do princípio do juiz natural, que ensina regras objetivas de competência jurisdicional para garantir independência e imparcialidade do órgão julgador. Trata-se, portanto, do estudo de um juiz previamente encarregado, na forma da lei, como competente para o julgamento de determinada lide, o que impede, entre outras coisas, o abuso de poder. Como consequência, não se admite a escolha específica nem a exclusão de um magistrado de determinado caso.

O terceiro capítulo direciona-se aos atuais questionamentos de um instituto moderno, com uma lei objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, desde que a proposta foi sancionada.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, uma vez que o pesquisador, com um processo de análise de informação que nos leva a uma conclusão, o terá como norteador para analisar o objeto do trabalho, a fim de acolhê-las ou rejeitá-las.

Objetiva-se, portanto, discutir a necessidade da criação do juiz das garantias, bem como a sua compatibilidade com a Constituição Federal, com enfoque no princípio do juiz natural. Assim como, analisar eventuais inconstitucionalidades na Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

1. A NECESSIDADE DE REFORMA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL E NA LEGISLAÇÃO PENAL PARA A INSTITUIÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

A Lei nº 13.964/19¹ – denominada por muitos de Pacote Anticrime – modifica a legislação penal e processual penal, gerando diversas alterações no Código Penal, Código de Processo Penal e Legislação Extravagante.

De início, imperioso destacar que, com a concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298², 6.299³, 6.300⁴ e 6.305⁵ pelo Ministro Luiz Fux, está

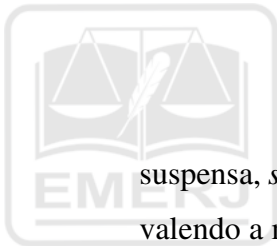
¹ BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6299*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6300*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6305*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em: 31 mar. 2020.



suspensa, *sine die*, a eficácia do art. 3º-A da Lei nº 13.964/19.⁶ Portanto, enquanto estiver valendo a medida liminar, a implantação do juiz das garantias está suspensa. No entanto, como se trata de medida liminar, que poderá ter sua vigência restabelecida a qualquer momento, de suma importância a análise do tema.

Ademais, uma das mais importantes inovações da Lei nº 13.964/19⁷ foi a recepção do instituto – já consagrado há décadas em diversos países e defendido por Aury Lopes Junior⁸ desde 1999 – do juiz das garantias. Certo que o juiz das garantias não é uma peculiaridade criada pelo legislador brasileiro.

Com isso, a necessidade de reforma do sistema processual penal brasileiro para a instituição do “juiz das garantias” trata-se de um pleito antigo de parcela bastante respeitável da doutrina. Matéria presente nas análises de direito comparado, assim como extraído a partir de precedentes importantes de cortes estrangeiras (ex.: italiana e espanhola) e internacionais (ex.: Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH) em torno da necessária imparcialidade judicial.⁹

O ordenamento jurídico brasileiro enfrenta enormes desafios, decorrentes de essenciais transformações sociais, especialmente no que diz respeito ao Direito Penal.

O surgimento do direito penal tributário, do direito penal ambiental, e do direito penal de proteção ao consumidor e de outras normas penais relativas à atividade econômica e financeira determinaram a configuração de um direito penal empresarial. Paralelamente, em razão da forma como se deu a abertura política após a ditadura militar, com a proliferação de partidos políticos com reduzido controle normativo e o surgimento do chamado presidencialismo de coalizão, contaminou-se boa parte da atividade política com práticas que são objeto do direito penal.¹⁰

Dessa forma, o Direito Penal e o Direito Processual Penal mostraram-se muito mais complexos e os anseios de garantias tanto da sociedade quanto dos acusados se tornaram bem mais necessários - inserido nesse contexto histórico e de atualidade que se

⁶ BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁷ Ibid.

⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 186.

⁹ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Juiz das garantias: a nova gramática da justiça criminal brasileira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policia-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

¹⁰ MELLO, Cecilia; MORI, Celso Cintra. *Juiz das garantias trará estrita legalidade ao processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-03/opinio-juiz-garantias-trara-estrita-legalidade-processo-penal#author>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

faz necessária a análise e a compreensão do juiz das garantias, criado pela Lei nº 13.964/19¹¹.

A vigência da Lei nº 13.964/19¹² (Pacote Anticrime) ocorreu em 23 de janeiro de 2020, e sua *vacatio legis* correspondeu a um período de 30 dias – sendo considerado para muitos um lapso temporal extremamente curto diante da relevância da Lei. Não obstante a questão da aprovação ou não da Lei nº 13.964/19¹³ caber tão somente ao Congresso Nacional, os operadores do direito entendem, contudo, que o Congresso deveria ter concedido um prazo maior de *vacatio legis*.

Para Aury Lopes Junior¹⁴, no que se refere à denominação do instituto, esta não foi das melhores, especialmente porque no Brasil existe uma confusão entre garantias e impunidade. Entendendo que teria sido melhor o legislador seguir a sistemática italiana e denominado de “juiz da investigação” (*il giudice per le indagini preliminari*), imaginando evitar possível resistência ao instituto.

Destarte, o autor entende que a efetividade da proteção do jurisdicionado está em grande parte dependente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, para Aury Lopes Junior¹⁵, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal.

Nesse sentido, para os que defendem a constitucionalidade do juiz das garantias:

O instituto de fato aperfeiçoa o sistema processual penal brasileiro, na medida em que concretiza o princípio acusatório e reforça a regra de que a prova relevante na formação da convicção do juiz deve ser produzida em contraditório judicial.¹⁶

Todavia, ainda há grandes discussões doutrinárias acerca da compatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico vigente.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

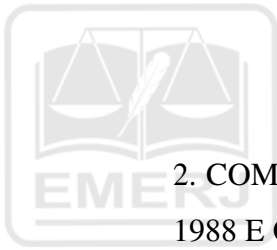
¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 203.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ SCHREIBER, Simone. *Em defesa da constitucionalidade do juiz das garantias*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/simone-schreiber-defesa-constitucionalidade-juiz-garantias>>. Acesso em: 31 jul. 2020.



2. COMPATIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Conforme ensina Eugênio Pacelli¹⁷, o princípio do juiz natural tem origem no Direito anglo-saxão, criado *a priori* com amparo na ideia da vedação do tribunal de exceção, ou seja, a proibição de se instituir ou de se constituir um órgão do Judiciário exclusiva ou casuisticamente para o processo e julgamento de determinada infração penal. Ligado ao princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*), o princípio do juiz natural exigia que somente um órgão previamente constituído para demandas de crimes, crimes esses também anteriormente definidos, isto é, antes de seu cometimento, seria competente para o respectivo julgamento.

Buscava-se não só a garantia do órgão do Judiciário, mas a pessoa natural do juiz, impedindo, assim, alterações facultativas às regras da jurisdição.

O ordenamento jurídico brasileiro, com previsão no art. 5.º, LIII, da Constituição Federal¹⁸, adota o juiz natural em suas duas vertentes fundamentais, quais sejam: a da vedação do tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato (art. 5.º, XXXVII, CF¹⁹); ou seja, veda-se a nomeação de um juiz ou a constituição de um tribunal, após a prática do delito, especialmente para julgar o seu autor.

Nas lições de Guilherme de Souza Nucci²⁰, pelo princípio do juiz natural se estabelece o direito do réu de ser julgado por um juiz previamente determinado por lei e pelas normas constitucionais, acarretando, conseqüentemente, um julgamento imparcial.

Entende-se que havendo um juízo de exceção, não é possível considerá-lo natural, isto é, previamente constituído e previsto em lei para julgar toda e qualquer infração, não importando quem seja o autor da infração. Tendo em vista que esse juízo de exceção possui grande possibilidade de não ser imparcial, exatamente porque foi criado para julgar um caso concreto já cometido. Dessa forma, para o autor, pelas regras constitucionais, todos têm direito a um julgador desapassionado e justo, previamente existente.²¹

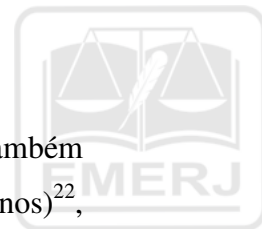
¹⁷ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 604.

¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 jul. 2020.

¹⁹ Ibid.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 306.

²¹ Idem.



Ainda na busca do juiz imparcial, tem-se a figura do juiz natural prevista também no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)²², firmado pelo Brasil e em vigor desde 1992. Nesse sentido, depreende-se do art. 8.º, item 1:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos ou obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Ocorre que, com a edição da Lei nº 13.964/19²³, que inseriu a figura do juiz das garantias, cria-se um juiz especificamente para supervisionar e presidir investigações, além de garantir que os direitos de investigados e réus sejam respeitados durante a fase pré-processual. Aquele que atuou nas fases de investigação criminal e admissibilidade da acusação fica impedido de funcionar nas etapas seguintes de instrução processual, alegações contraditórias e decisão final. Ou seja, o magistrado que figurou no “juízo de garantia” não pode atuar no mesmo caso no “juízo de julgamento”, sob pena de nulidade.²⁴

Surge, por conseguinte, o questionamento quanto à ofensa ao princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LIII²⁵) decorrente da inobservância da jurisdição una e indivisível. Afinal, em 1º grau, há apenas um juiz natural criminal (estadual ou federal).

Frisa-se que, para os Juízos de 1º grau, haverá a figura jurídica do “Juiz das Garantias”, mas para os Tribunais subsistirá o regime atual do CPC, tendo em vista que não se deu seja a revogação expressa, seja a revogação tácita dos artigos 1º a 5º da Lei nº 8.038/90²⁶, que disciplinam o rito dos inquéritos e das ações penais para o STJ e STF, que teve eficácia estendida para os TJ’s e TRF’s pela Lei nº 8.658/93²⁷.

²² CIDH. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 31 jul. 2020.

²³ BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

²⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Juiz das garantias: a nova gramática da justiça criminal brasileira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policial-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

²⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 jul. 2020.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 8.038*, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

²⁷ BRASIL. *Lei nº 8.658*, de 26 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8658.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.



Ademais, argumenta a Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e a Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE²⁸ que a norma em questão faz surgir uma instância interna dentro do 1º grau, um segundo juiz natural, por meio de lei ordinária. Em que haverá a atuação do “Juiz das Garantias”, na fase de investigação e, posteriormente, o Juiz de Direito, para processar e julgar a ação penal, o que violaria o próprio desenho ou formato constitucional do Poder Judiciário a sugerir ofensa ao princípio do juiz natural decorrente da unicidade e indivisibilidade do juízo.²⁹

Nas palavras do Ministro e Professor de Direito Constitucional Carlos Aryes Britto³⁰, em entrevista dada ao jornal El País:

[...]separar as coisas como diz a lei é conferir à jurisdição penal uma estrutura diversa da veiculada pela Constituição, uma vez que nela não existe esse salto da unitariedade para a binariedade jurisdicional [ter atribuições diversas ao juiz]. Logo, só a Carta Magna pode dispor sobre o assunto.

Carlos Aryes Britto³¹ ressalta, ainda, a possibilidade de a questão ser cláusula pétrea da Lei Maior: “Neste caso nem por emenda à Constituição seria possível haver mexida no tema. Por tudo isso já se prevê a ida do assunto ao STF para impugnar tal passagem da nova Lei”.

Nesse contexto, vale a leitura da decisão proferida pelo TRF da 3ª Região, que sintetiza a questão ao desenhar o modelo da jurisdição nacional: “A Jurisdição é una e indivisível, sendo um dos Poderes Soberanos do Estado, ou, como querem alguns, uma expressão da Soberania Estatal.”³²

Como pontuado no acórdão³³, a previsão constitucional de diversos órgãos jurisdicionais visa, tão somente, a otimizar a atividade jurisdicional, distribuindo as competências de cada um deles, a saber:

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6298. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6298. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.

³⁰ ALESSI, Gil. *Criação Do Juiz De Garantias*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/politica/2019-12-27/criacao-do-juiz-de-garantias-indispoe-bolsonaro-e-base-e-abre-debate-sobre-implementacao.html#:~:text=%E2%80%9CSeparar%20as%20coisas%20como%20diz,sobre%20o%20asunto%E2%80%9D%2C%20diz.l>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

³¹ Ibidem.

³² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Processo nº 00276719519944036108*. Relator: Jairo Pinto. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/509010>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

³³ Ibidem.



CONSTITUCIONAL. ATUAÇÃO DE JUIZ ESTADUAL EM CAUSAS DE INTERESSE DA UNIÃO E SUAS AUTARQUIAS. COMPETÊNCIA SUPLETIVA ATRIBUÍDA PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 109, § 3º). INEXISTÊNCIA DE DIREITO À CONTRAPRESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. JUSTIÇA ELEITORAL. LEI Nº 8.350/91. INAPLICABILIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA. (...) 3. Tem-se, assim, a chamada ‘Justiça Especial’, na qual se incluem a Justiça Militar (Federal e Estadual), a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral. Além disso, tem-se a ‘Justiça Comum’, da qual são integrantes a Justiça Federal, cuja competência é prevista nos artigos 108 e 109, da Constituição Federal de 1988, e a Justiça Estadual, que tem competência residual e competência supletiva, nos termos do disposto na Carta Magna. 4. O processamento e julgamento, pelos Juízes Estaduais, das causas previstas no § 3º do artigo 109 da Constituição Federal de 1988 é competência estabelecida pela própria Constituição Federal, não havendo qualquer exorbitância das funções dos Magistrados da Justiça Estadual, que devem exercê-la por dever de ofício, sem direito a qualquer contraprestação. 5. Diferentemente é a questão da Justiça Eleitoral, pois, por opção do constituinte, essa ‘Justiça Especializada’ não tem um corpo próprio de Magistrados, valendo-se dos juízes da ‘Justiça Comum’ Estadual e Federal, que exercem a ‘Jurisdição Eleitoral’. Nesse caso, agora por opção do legislador ordinário, instituiu-se a gratificação mensal prevista na Lei nº 8.350/91. 6. Em matéria de remuneração decorrente do exercício de funções pelos agentes públicos, vige o princípio da estrita legalidade, e não há lei prevendo a remuneração dos Juízes Estaduais pelo exercício da competência supletiva prevista no § 3º do artigo 109 da Constituição Federal de 1988. 7. Aplicabilidade do disposto no verbete nº 339, da Súmula do C. Supremo Tribunal Federal. 8. Apelação improvida.” (Processo nº 00276719519944036108).

Assim, tendo em vista que o juiz de garantias ocuparia o lugar do juiz natural do caso, e este seria alocado para a etapa processual, sendo o juiz das garantias designado/escolhido pelo presidente do tribunal, suscita-se ofensa ao princípio da unitariedade do juiz natural, tendo em vista que a Lei nº 13.964/19³⁴ criou uma instância interna dentro do primeiro grau, um segundo juiz natural, por meio de lei ordinária.

3. DA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019

A vigência da Lei nº 13.964/19³⁵ ocorreu no dia 23 de janeiro de 2020 e sua *vacatio legis* correspondeu a um período de 30 dias. Para o professor Renato Brasileiro de Lima³⁶ a questão afeta à aprovação ou não da lei em comento cabe tão somente ao

³⁴ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

³⁵ Ibid.

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal - volume único (2020)*. 8. ed. rev. ampl. atual. – JusPodivm



Congresso Nacional, contudo, esse deveria ter concedido aos operadores do direito um prazo maior de *vacatio legis*.

Em uma análise aprofundada, o Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil)³⁷, aponta que faltam elementos que sustentem as propostas feitas pelo pacote anticrime do ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro – à época, como soluções para a crise na segurança pública brasileira.

O Supremo Tribunal Federal recebeu quatro ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, questionando a criação do juiz das garantias, medida prevista na Lei nº 13.964/19³⁸ – denominada de Pacote Anticrime.

As ações diretas proposta são: ADI nº 6.298³⁹, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil -AJUFE, que impugna o artigo 3º da Lei nº 13.964/19⁴⁰, que acrescentou os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F ao Código de Processo Penal e institui a figura do juiz das garantias, e o artigo 20 da Lei nº 13.964/19⁴¹, que determina o prazo de *vacatio legis* para a vigência respectiva.

A ADI nº 6.299⁴², ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, questionando os mesmos dispositivos da ADI nº 6.298⁴³, além do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 13.964/19⁴⁴.

A ADI nº 6.300⁴⁵, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal - PSL, em que impugna os artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na mesma linha das ações anteriores.

Por fim, a ADI nº 6.305⁴⁶, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, impugnando os artigos 3º-A; 3ºB, incisos IV, VIII, IX,

³⁷ STABILE, Arthur. *Pacote anticrime é inconstitucional e insustentável*. Disponível em: <<https://ponte.org/pacote-anticrime-e-inconstitucional-e-insustentavel-analisa-oab/>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

³⁸ Ibid.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁴⁰ BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁴¹ Ibid.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6299*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6300*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6305*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, caput; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal⁴⁷, todos introduzidos pela Lei nº 13.964/19⁴⁸.

Ressalte-se, de início, que o Ministro Luiz Fux, em 22 de janeiro de 2020, no exercício da presidência do STF, nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, suspendeu, liminarmente, a implantação do juiz das garantias por prazo indeterminado⁴⁹.

Dessa forma, não obstante a Lei nº 13.964/19⁵⁰ tenha entrado em vigor em 23 de janeiro de 2020, os referidos artigos estão suspensos, por prazo indeterminado, até que o Plenário do Pretório Excelso avalie o mérito da causa.

Todavia, não significa a revogação desses artigos ou a declaração de mérito, no sentido da sua inconstitucionalidade. Para Guilherme de Souza Nucci⁵¹, o relator valeu-se, basicamente, de dois argumentos:

[...] a) as normas do juiz das garantias, na essência, constituem regras de organização judiciária, cabendo ao próprio Judiciário manejá-las, citando o art. 96 da Constituição Federal; b) a efetiva criação do juiz das garantias exigiria gasto por parte do Judiciário, sendo constatada a ausência de dotação orçamentária prévia para tanto, invocando o art. 169 da Constituição Federal.

Rogério Sanches e Ronaldo Batista⁵² entendem que o Ministro, não sem razão, ponderou que:

[...] a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país, ensejando completa reorganização da justiça criminal.

Por isso mesmo, o projeto aprovado funciona como uma reforma do Poder Judiciário. Deveria, então, ter vindo de proposta do Judiciário, como determina o art. 93, “d”, da CF/88.

Portanto, enquanto estiver valendo a medida liminar - que poderá ter sua vigência restabelecida a qualquer momento - a implantação do juiz das garantias está suspensa, e seguirá sendo o mesmo juiz durante a fase investigatória e depois no processo.

⁴⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁴⁸ BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6299*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁵⁰ BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 306.

⁵² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de processo penal e lei de execução penal comentados por artigos*. Bahia: JusPodivm, 2020, p. 517.



Para Aury Lopes Junior⁵³, a suspensão da implantação do juiz das garantias traz imensos prejuízos, uma vez que o autor sustenta que o juiz das garantias reflete um avanço importante para o processo penal e serve como fundamentação teórica para criticar o superado modelo do CPP⁵⁴.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck⁵⁵:

Penso, assim, que a ADI contra o juiz das garantias não deve ter êxito, por ausência de inconstitucionalidade formal (é absolutamente legítima a criação do juiz das garantias, caso contrário, como reconhecer a validade da experiência da central de inquiridos de São Paulo?) e pela ausência de inconstitucionalidade material (afinal, em que sentido estaria ferido o juiz natural, se o juiz das garantias apenas assegura mais garantias ao indiciado, isto é, juiz natural é princípio protetor, sendo que o juiz das garantias é um grande avanço inclusive em relação ao juiz natural, além do fato de que o juiz das garantias é apenas uma função a mais da e na magistratura e não um “usurpador”)?

Dessa forma, para o jurista e professor Lenio Luiz Streck⁵⁶, o juiz das garantias é garantia de imparcialidade objetiva. No plano das Convenções e dos Tratados, o juiz das garantias é uma realidade: “uma imposição de democracia”. O autor defende que juiz das garantias garante a não contaminação da segunda fase - instrução processual. Afirma, ainda, que a discussão sobre a constitucionalidade do juiz das garantias é mais simples que isso. Porque não há preceitos e princípios violados pela nova Lei.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa verificou a imperiosa necessidade de atualizações ao Código Penal e Código de Processo Penal brasileiro, que apresentam regramentos obsoletos e contraditórios entre si. E que, bem ou mal, a Lei nº 13.964/19 representa um novo, e o mais moderno, marco legal no Direito Penal e Processual Penal pátrio, tendo em vista que fixou normas e critérios muito diferentes dos anteriores.

O entendimento a que chegou este pesquisador é de que deve ser constante a preocupação dos legisladores quanto à atualização dos institutos do ordenamento jurídico,

⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 186.

⁵⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁵⁶ Idem.

caminhando lado a lado com a evolução histórica e social da comunidade, assim como dos estudantes e operadores do direito acerca das suas inovações.

O principal questionamento usado por esta pesquisa se deu em razão da criação do instituto do juiz das garantias. O trabalho verificou que existem aqueles operadores que são favoráveis a essa modernização, e, por outro lado, àqueles que entendem haver certos obstáculos à sua criação.

Um dos obstáculos seria o princípio constitucional do juiz natural, que seria violado quando da repartição da tarefa jurisdicional a dois magistrados, sendo um responsável tão somente pela fase da investigação criminal e outro diverso para a fase processual, repartindo a função jurisdicional que deveria ser una e indivisível, e estabelecendo, previamente, quem seria o julgador.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que é inerente ao sistema inquisitório a justaposição de funções em um só juiz, com atribuições para instrução e julgamento, sem qualquer disposição dialética.

Com essa cumulação das funções na fase de investigação e fase do julgamento, é deixado de lado a imparcialidade, posto que o magistrado já estaria eivado pelas suas decisões na primeira fase.

Há, ainda, com essa justaposição de funções, um distanciamento do sistema acusatório, adotado no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto fica ao encargo de uma só pessoa buscar pelas provas e decidir a partir das provas que ela mesma produziu.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, conclui-se que não há qualquer ofensa ao juiz natural quando da estipulação de dois juízes, com atribuições diversas, uma vez que há proibição de se instituir ou de se constituir um órgão do Judiciário exclusiva ou casuisticamente para o processo e julgamento de determinada infração penal. O instituto em apreço já determinará previamente à prática de qualquer delito a competência para a fase probatória e para a fase processual. Ou seja, o direito do réu de ser julgado por um juiz previamente determinado por lei permanece em vigor ainda que exista a figura do juiz das garantias.

O embate materializa-se com o ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade em face de dispositivos da Lei nº 13.964/19, dentre eles o artigo que instituiu o juiz das garantias no Código de Processo Penal.

Como o direito não é uma ciência exata, com a concessão de liminar na medida cautelar nas ADI's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, está suspensa, *sine die*, a eficácia do



instituto. Assim sendo, se mantém, por ora, o mesmo juiz durante a fase investigatória e posteriormente na fase processual. Mas como se trata de medida liminar, poderá ser restabelecida a vigência da norma que disciplina sobre o juiz das garantias a qualquer momento.

Portanto, diante dessas situações de insegurança jurídica, cabe aos operadores do direito não só acompanharem as inovações legislativas, mas também as decisões a serem proferidas pelos Tribunais Superiores, sobretudo acerca do entendimento que será adotado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, na hipótese.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. *Criação Do Juiz De Garantias*. Disponível em: <[BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm\)>. Acesso em: 31 jul. 2020.](https://brasil.elpais.com/politica/2019-12-27/criacao-do-juiz-de-garantias-indispoe-bolsonaro-e-base-e-abredebatesobreimplementacao.html#:~:text=%E2%80%9CSeparar%20as%20coisas%20como%20diz,sobre%20o%20assunto%E2%80%9D%2C%20diz.>. Acesso em: 31 jul. 2020.</p></div><div data-bbox=)

_____. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

_____. *Lei nº 8.038*, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

_____. *Lei nº 8.658*, de 26 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8658.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6299*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em: 05 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6300*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>>. Acesso em: 31 mar. 2020.



_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6305*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Processo nº 00276719519944036108*. Relator: Jairo Pinto. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/509010>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

CIDH. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 31 jul. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de processo penal e lei de execução penal comentados por artigos*. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Bahia: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Juiz das garantias: a nova gramática da justiça criminal brasileira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policia-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

MELLO, Cecília; MORI, Celso Cintra. *Juiz das garantias trará estrita legalidade ao processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-03/opinio-juiz-garantias-trara-estrita-legalidade-processo-penal#author>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SCHREIBER, Simone. *Em defesa da constitucionalidade do juiz das garantias*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/simone-schreiber-defesa-constitucionalidade-juiz-garantias>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

STABILE, Arthur. *Pacote anticrime é inconstitucional e insustentável*. Disponível em: <<https://ponte.org/pacote-anticrime-e-inconstitucional-e-insustentavel-analisa-oab/>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>>. Acesso em: 05 set. 2020.



REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA EM TEMPOS DE COVID-19

Diana Ferreira Stephan

Graduada pela Faculdade de Direito PUC-Rio.
Advogada.

Resumo – a declaração de calamidade pública em decorrência da pandemia do COVID-19 iniciou uma corrida entre os entes federativos pela compra de materiais e serviços hospitalares. Amparada na Lei nº 13.979 de 2020, a União realizou requisições administrativas tendo como objeto equipamentos de empresas particulares. Porém, parte desses bens já havia sido adquirida por Estados e Municípios, que aguardavam sua tradição. Sem a autocomposição do conflito, foram ajuizadas ações judiciais arguindo a nulidade do ato administrativo. O presente trabalho aborda a adequação da requisição dentro do referido contexto e as contendas ocasionadas pelo ato.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Intervenção do Estado na Propriedade. Requisição Administrativa.

Sumário – Introdução. 1. A Conjuntura da COVID-19 e a Aquisição de Bens pela Administração Pública. 2. Da Adequação da Requisição Administrativa. 3. Das Contendas Judiciais envolvendo o COVID-19 e a Requisição Administrativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa a adoção da requisição administrativa no contexto de calamidade pública instaurada pelo COVID-19 e seus reflexos na disputa por aparelhos médicos entre os entes federativos.

A chegada da pandemia em terras brasileiras, tal qual no restante do mundo, destacou os déficits em seu sistema público de saúde. A necessidade de uma resposta rápida do governo à falta de equipamentos e serviços médicos fez com que fossem acionados instrumentos do Direito Administrativo criados para situações excepcionais, os quais permitem certa flexibilização dos procedimentos administrativos ordinários de aquisição e contratação.

Dentre tais atos está a requisição administrativa, meio de intervenção do Estado no direito à propriedade privada. Apesar de temporária, permite que bens e serviços possam ser tomados pelo ente público e, se feita dentro dos parâmetros legais, não pode ser resistida.

Em que pese a situação de calamidade pública permitir tal imposição restritiva, a existência de uma situação emergencial não significa a abdicação dos princípios e normas administrativos. Nos momentos de maior excepcionalidade, devem ser respeitados com afincos os princípios como a legalidade e a moralidade, pois abusos da flexibilização dos meios de

aquisição de material e serviços dessa conjuntura ocasionam mais do que a mera perda ao erário; colocam em risco a vida de milhares de cidadãos.

Destarte, o uso de tal poder deve ser realizado de forma a realmente observar o interesse público primário, que, no caso concreto, corporifica-se no fortalecimento do sistema público de saúde e aquisição de bens e serviços usados no combate ao COVID-19. A não observância desses resulta no desvio de finalidade do ato e sua consequente ilegalidade.

Posto isso, o presente artigo científico tem como objetivo nodal o estudo da utilização da requisição administrativa pelos entes públicos neste momento de pandemia do COVID-19, em especial aquelas feitas pela União para obter respiradores de propriedade particular, mas que foram previamente adquiridos por Estados e Municípios com a finalidade de assistir os doentes de sua circunscrição.

Com efeito, o eixo central de análise do presente projeto consiste na averiguação do cabimento da adoção da requisição administrativa dentro da situação de calamidade pública criada e na forma como esta foi realizada pelo ente público.

Destaca-se que a análise não se limita à subsunção do caso à norma; considera principalmente os princípios e finalidade do instrumento, tendo em vista a existência de outras medidas cabíveis, como a aquisição facilitada de bens e serviços médicos.

Em concordância com os objetivos do artigo, este é dividido em três capítulos.

Primeiramente, observa-se no capítulo 1 o contexto da COVID-19 e se os pressupostos constitucionais e legais da requisição administrativa estavam presentes no referido momento.

Em seguida, no capítulo 2, analisa-se se a adoção da medida é adequada ao caso concreto, considerando-se não somente a calamidade abstratamente, como também as demais possíveis formas de intervenção das quais dispõem os entes públicos.

Finalmente, no capítulo 3 aborda-se especificamente o caso das requisições de respiradores feitas pela União, questionando se tais atos respeitaram o interesse público primário e seus reflexos para os demais entes federativos.

Portanto, a metodologia adotada neste artigo é de natureza qualitativa, fixada em conjunturas de cunho subjetivo e premissas discutidas no campo teórico. Tal escolha pelo método hipotético-dedutivo permite uma abordagem da viabilidade de diferentes instrumentos administrativos de gestão.

Outrossim, em um segundo momento, o trabalho realiza uma análise empírica, observando os processos judiciais que decorreram de requisições administrativas feitas pela União, observando as decisões tomadas pelo Poder Judiciário.



1. A CONJUNTURA DA COVID-19 E A AQUISIÇÃO DE BENS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Carta Magna Brasileira é classificada quanto a seu conteúdo como prolixa. Aborda uma diversidade de temas; alguns considerados como materialmente constitucionais, outros só formalmente constitucionais. Porém, apesar de ser a terceira maior do mundo¹ em quantidade de palavras, não haveria como prever a pandemia que assolou o mundo e alcançou as terras brasileiras no ano de 2020.

Em dezembro de 2019, o governo chinês notificou a OMS que uma forma nova de pneumonia viral assolava a cidade de Wuhan. Poucos meses depois, a doença, batizada de COVID-19, espalhou-se pelo mundo, infectando milhões de pessoas e ocasionando a morte de centenas de milhares. Em março de 2020, foi reconhecida pela OMS como pandemia.

Com os primeiros casos de infectados brasileiros e o início da expansão do vírus pelo país, a Administração Pública adotou medidas para conter o avanço da doença e obter reforços para seus hospitais com equipamentos, medicamentos e profissionais de saúde.

No mês de fevereiro, o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 188², na qual declarou emergência em saúde pública de importância nacional³. Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 13.979/20⁴, que declarou estado de emergência de saúde pública de importância internacional.

Finalmente, em maio, o Congresso Nacional reconheceu estado de calamidade pública com o Decreto Legislativo nº 6 de 2020⁵.

Em paralelo às medidas de âmbito nacional, cada Estado e Município buscou reforçar suas instalações e equipes médicas. Criaram hospitais de campanha, compraram medicamentos e equipamentos e instauraram medidas preventivas, como a quarentena e o *lockdown*.

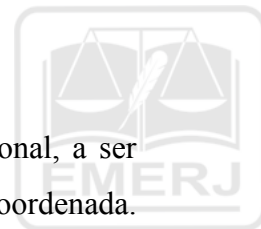
¹ SCHREIBER, Mariana. *30 anos da Constituição: a Carta Magna brasileira é generosa demais?* Disponível em:

² BRASIL. *Portaria nº 188*, de 03 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³ A declaração de situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) fora anteriormente regulada pelo Decreto 7.616/2011. Interessante que as hipóteses previstas para que a ESPIN seja declarada incluem situações epidemiológicas, de desastres, ou de desassistência à população (art. 3º do Decreto 7.616/2011). O referido rol não é taxativo e, se inclui epidemias, igualmente é cabível em hipótese de pandemia, definida em artigo contido no Relatório da OMS de 2011 como uma epidemia que se alastra para além das fronteiras internacionais, afetando uma vasta extensão geográfica. KELLY, Heath. *The classical definition of a pandemic is not elusive*. Disponível em: <<https://www.who.int/bulletin/volumes/89/7/11-088815/en/>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

⁴ BRASIL. *Lei nº 13.979*, de 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁵ BRASIL *Decreto Legislativo nº 06*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.



Contudo, na ausência de uma guia procedimental única, de âmbito nacional, a ser seguida pelos entes federativos, União, Estados e Municípios agiram de forma descoordenada. Assim, o exercício do poder de polícia e as medidas administrativas adotadas variaram de acordo com os interesses e limitações de cada governante local.

Em que pese a essencialidade das medidas preventivas que afetaram o direito de locomoção dos cidadãos e a liberdade econômica, uma análise mais detida delas foge ao escopo do presente artigo, cujo ponto nodal cinge-se na atuação do Estado com a finalidade de fortalecer seu aparato hospitalar.

Destarte, é essencial observar quais eram as opções de atuação dos entes públicos. Estas se dividem em atos de intervenção no âmbito da propriedade privada e na aquisição propriamente dita de equipamentos. Todos possuem normas constitucionais e legais próprias, mas ganharam contornos excepcionais em razão da promulgação da Lei nº 13.979/20⁶.

Primeiramente, é mister destacar que, em regra, toda contratação que envolva a compra de bens móveis e imóveis deve seguir as normas do procedimento licitatório⁷. Se tratando de hipótese de calamidade pública, o inciso IV do art. 24 da lei de licitações⁸ prevê a dispensa temporária da licitação, porém ela ainda precisa ser realizada caso a urgência ultrapasse o prazo de 180 dias.

A lei de enfrentamento ao corona vírus facilitou em diversas frentes a compra de equipamentos e contratação de serviços, pois ela trouxe previsão expressa de dispensa de licitação na aquisição de bens enquanto durar a situação emergencial, sem imposição de limite temporal. *In verbis*:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o **caput** deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.⁹

Entre as diversas facilidades trazidas pela lei, encontram-se a escusa de realização de estudos preliminares em contratos voltados para o enfrentamento da emergência (art. 4º-C¹⁰) e

⁶ BRASIL, op. cit., nota 04.

⁷ Conforme previsão legal do art. 2º da lei nº 8.666/93, desde que não seja hipótese de inexigibilidade ou dispensa de licitação.

⁸ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁹ Ibid.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 04.



a possibilidade de, excepcionalmente e mediante justificativa prévia, dispensar a apresentação de documento de regularidade fiscal e trabalhista (art. 4º-F¹¹).

Sendo assim, observa-se uma preocupação do legislador em dar maior flexibilidade ao gestor público para que ele pudesse, com maior rapidez e eficiência, adquirir os bens necessários para o combate ao vírus.

Destaca-se que a compra de materiais e contratação de serviços consiste na forma menos agressiva do Estado para alcançar essa finalidade. Porém, a Administração Pública dispõe ainda dos atos de intervenção, que permitem que ela se aproprie, definitiva ou temporariamente, dos bens de particulares.

Quanto às intervenções administrativas, pela natureza passageira da calamidade, as mais apropriadas ao contexto seriam as restritivas, que possibilitam ao poder público obter temporariamente posse de propriedade particular em decorrência da necessidade premente e imediata que fundamenta a medida.

Especificamente para a obtenção de bens móveis em situação de emergência, enquadra-se o instituto da requisição administrativa¹², o qual está previsto não somente no texto constitucional¹³, como também na lei geral do Sistema Único de Saúde (Lei nº 8.080/90) e na Lei nº 13.979/20, como se observa:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;¹⁴

art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa¹⁵

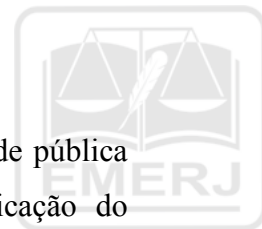
¹¹ Ibid.

¹² Originalmente, as requisições só eram previstas para tempos de guerra dado ao grau de interferência na propriedade privada. A partir dos anos 60, foram reguladas as requisições em tempos de paz, permitindo que o Estado realize intervenções no domínio econômico sobre bens considerados como essenciais para a população. Destaca-se, porém, em quaisquer hipóteses, a excepcionalidade do instituto. Vide PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 177.

¹³ Previsto no art. 5º, inciso XXV da Carta Magna. *In verbis*: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 04.



Com efeito, as declarações legais de estado de emergência e de calamidade pública demonstraram a existência de iminente perigo público e fundamentam a aplicação do instrumento. Sua previsão expressa na Lei nº 13.979/20 traz ainda mais legitimidade e segurança jurídica para os entes federativos adotarem-na.

A utilidade do instituto decorre dele ser um procedimento unilateral que goza do atributo da autoexecutoriedade, podendo ser determinado pelo poder público independentemente da concordância do particular ou de decisão judicial. Ademais, a indenização só ocorre posteriormente à execução do ato e se comprovada existência de dano.

Destarte, apesar da Carta Magna não ter previsto especificamente a hipótese de pandemia mundial, trouxe instrumentos para garantir, em situações extremas, a proteção do interesse público e da coletividade, ainda que em detrimento de eventuais interesses e direitos de particulares.

2. DA ADEQUAÇÃO DA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

Evidentemente, a declaração de calamidade pública, a ameaça do colapso do sistema público de saúde e a infecção e morte de milhares de brasileiros estão enquadrados na previsão constitucional de “iminente perigo público”¹⁶ (art. 5º, inciso XXV, da CRFB/88). Inquestionável, portanto, a configuração de hipótese de requisição administrativa.

Não obstante, a viabilidade de tal ato não equivale a sua aplicação irrestrita.

Em que pese a situação de calamidade, persiste a necessidade de observar os princípios administrativos, em especial a primazia do interesse público e a eficiência dos atos administrativos. Com efeito, o fato de se tratar de situação de emergência, com a flexibilização momentânea de normas que protegem o erário, exige cuidados ainda maiores por parte da Administração Pública, porquanto abrem-se brechas para desvios de poder.

Conseqüentemente, em que pese a previsão do art. 3º, VII, da Lei nº 13.979/20¹⁷, deve ser questionado se tal ato administrativo deveras se adequa à situação premente.

A requisição possui natureza de intervenção temporária. Excepcionalmente, se o uso pela Administração Pública danificar o bem e gerar a inviabilidade de sua devolução ou o esvaziamento de seu valor, será obrigatória a indenização do particular, sob pena de enriquecimento ilícito do ente público.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 13.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 04.



No caso concreto, a corrida mundial por material e serviços hospitalares criou a necessidade de obtenção imediata desses pelo poder público. Todavia, tratam-se, em sua maioria, de bens perecíveis e que são, em regra, descartáveis. Álcool em gel, máscaras e luvas cirúrgicas são exemplos de bens que sofreram requisição, porém, por sua natureza, não têm como serem devolvidos a seus proprietários.

Um exemplo ocorreu no Estado do Paraná, cujo governador promulgou o Decreto nº 4.315 de 2020, no qual estão previstas expressamente a requisição de bens descartáveis e sua posterior indenização. *In verbis*:

Art. 16. O Secretário de Estado da Saúde poderá requisitar máscaras cirúrgicas, máscaras de proteção, luvas de procedimento, aventais hospitalares, antissépticos para higienização, bem como outros bens, móveis e imóveis, ou serviços de pessoas naturais ou jurídicas para o enfrentamento da pandemia da COVID-19, autorizando o recolhimento nas sedes ou locais de armazenamento dos fabricantes, distribuidores e varejistas.

§ 1º A requisição administrativa deverá ser fundamentada e garantir a indenização posterior ao particular, utilizando como base referencial a Tabela SUS, quando for o caso, ou a justa indenização.¹⁸

Apesar de não estar expressa a pretensão *a priori* de não devolução do bem, a previsão de requisição de bens descartáveis e o tabelamento prévio das indenizações apresenta indícios de que o poder público não busca com o decreto realizar uma intervenção temporária e restrita da propriedade do particular. Ao contrário, pretende esgotar o bem e, portanto, apropriar-se da propriedade particular em sua integralidade, diferindo a indenização sem previsão legal ou constitucional para tanto.

Contudo, tal previsão desnaturaliza o próprio instituto da requisição, que prevê somente o uso do bem, não sua apropriação integral.

O direito à propriedade privada é protegido constitucionalmente, elevado a princípio da ordem econômica¹⁹. Destarte, os indivíduos possuem garantia constitucional que assegura as prerrogativas de usar, fruir, dispor e reaver seus bens, de modo exclusivo e perpétuo conforme incisos XXII e XXIII, do art. 5º, da CRFB/88²⁰²¹.

¹⁸ PARANÁ. *Decreto nº 4.315*, de 21 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=233045&indice=1&totalRegistros=1&dt=11.3.2020.16.7.6.421>>. Acesso em: 01 set. 2020.

¹⁹ A propriedade privada encontra-se expressamente prevista no inciso II do art. 170 da Carta Magna de 1988 como princípio da ordem econômica. BRASIL, op. cit., nota 13.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 13.

²¹ Em consonância com a previsão constitucional encontra-se a norma do art. 1.231 do Código Civil: “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.



Caso a Administração pretenda obter a propriedade do bem, necessita adotar medida de intervenção mais gravosa: a desapropriação. Não obstante, esta exige o respeito a regras formais próprias, com procedimento previsto em lei e, em regra, indenização prévia, justa e em dinheiro²²; requisitos que não estão presentes no caso citado.

Outra opção seria a compra de bens pela Administração. Porém, apesar desta ter sido flexibilizada durante o período de calamidade pública, ainda exige manifestação de vontade do particular quanto aos valores e ao método de contraprestação adotado. Afinal, diferentemente dos atos de intervenção, não se trata de medida autoexecutória.

Portanto, a requisição administrativa não consiste em meio idôneo para a Administração Pública se apropriar definitivamente de bem particular, em especial determinando pagamento posterior a seu uso, com *quantum* estipulado de forma prévia e unilateral.

Destaca-se ainda que a Carta Magna não determina expressamente o sujeito que pode sofrer a intervenção do Estado, contudo prevê que a restrição incide tão somente sobre a “propriedade particular”²³.

Com efeito, o Código Civil, em seu art. 98, determina que a natureza do bem está atrelada à de seu proprietário²⁴. Portanto, os bens da Administração Direta são classificados como públicos, caracterizando-se como impenhoráveis, imprescritíveis e, em regra, inalienáveis.

Em que pese o texto constitucional não prever a possibilidade de requisição de bens públicos, existiram tentativas da Administração nesse sentido.

Com efeito, o tema ainda não foi decidido de forma definitiva na jurisprudência. Porém, em 2005, o e. Supremo Tribunal Federal julgou o MS nº 25.295²⁵; remédio constitucional impetrado pelo Município do Rio de Janeiro em face da União requerendo a nulidade de artigos do Decreto nº 5.392/05²⁶ que determinavam a requisição de bens, serviços, servidores e recursos do setor hospitalar do Sistema Único de Saúde (SUS) pertencentes a hospitais da capital fluminense.

²² BRASIL, op. cit., nota 13. Art. 5º, inciso XXIV.

BRASIL. *Decreto-lei 3.365*, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 01 set. 2020. Art. 2º, § 2º.

²³ BRASIL, op. cit., nota 13. Art. 5º, inciso XXV.

²⁴ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 25.295/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489874>>. Acesso em: 12 out. 2020.

²⁶ BRASIL. *Decreto nº 5.392*, de 10 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/D5392.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.



O Plenário do e. Tribunal, por unanimidade, concedeu integralmente o mandado de segurança, fundamentando a nulidade do ato na ausência de motivação.

Em que pese a *ratio decidendi* adotada, houve densa discussão entre os ministros acerca do tema da requisição de bem público²⁷. O relator Min. Joaquim Barbosa defendeu sua possibilidade. Todavia, em divergência, o Min. Carlos Ayres Britto aduziu pela inconstitucionalidade de ato de tal natureza e asseverou que no caso concreto configurou-se intervenção federal no Município com apossamento de bens, igualmente vedado pela CRFB/88. Tal interpretação foi reiterada pela maioria dos demais ministros, como os Min. Cezar Peluso, Min. Gilmar Mendes, Min. Ellen Gracie, Min Celso de Mello e Min. Sepúlveda Pertence²⁸.

Destarte, tais divergências demonstram a complexidade e inseguranças que ainda permeiam a intervenção do Estado na propriedade.

Com base no exposto, demonstra-se que para a adoção da requisição administrativa ser válida, é imperioso que o poder público respeite a estrita legalidade e os princípios administrativos, motivando a decisão de optar por esse instrumento e evitado ao máximo atos e decretos que desnaturalizem a requisição a ponto dela se confundir com os institutos da desapropriação ou intervenção federal, sob pena de inconstitucionalidade.

3. DAS CONTENDAS JUDICIAIS ENVOLVENDO O COVID-19 E A REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

Com o crescente número de contaminados e a necessidade de fortalecimento do sistema público de saúde, surge uma corrida estatal na busca por materiais hospitalares. Esta, combinada como a ausência de coordenação da Administração Pública, fez com que alguns atos de intervenção na propriedade privada gerassem conflitos inesperados entre os próprios entes federativos.

Tais desentendimentos podem ser exemplificados no caso das requisições de respiradores feitas pela União, em que os bens que sofreram a intervenção haviam sido

²⁷ A divergência foi noticiada no site oficial do e. Supremo Tribunal Federal, na qual está destacada, entre outras, a fala do ministro Peluso: "Sob a roupagem de requisição, a União retirou do município o poder de gerir seus bens e, nestes termos, a meu ver, configura uma fraude constitucional, pois seu resultado prático é a intervenção" BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo devolve administração de hospitais ao município do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64623>>. Acesso em: 01 set. 2020.

²⁸ Destaca-se que a temática não ter formado precedente, ocasionou três entradas distintas no Informativo nº 384 de 18 a 22 de abril de 2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência nº 529/STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo384.htm>>. Acesso em: 01 set. 2020.



previamente adquiridos por outros entes ou autarquias públicas, entre os quais se encontram a Universidade do Estado do Rio de Janeiro e os Municípios de Recife e de Santana de Parnaíba. Sem a autocomposição dos conflito fora da esfera judicial, estes ajuizaram ações para buscar seu direito de receber os equipamentos médicos²⁹.

Com o intuito de obter a posse dos bens adquiridos, os sujeitos públicos ajuizaram ações de conhecimento, com pedido de tutela provisória de urgência, em face da União. Nas referidas ações, os Juízos acataram com os pleitos das partes autoras, conforme se observa na decisão da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro:

[...] De toda forma, a liminar é indispensável porque o HUPE precisa desses aparelhos para dar atendimento aos pacientes no âmbito do SUS, no Rio de Janeiro, cidade entre as mais afetadas pela pandemia. A urgência se confirma também pelo fato de ter sido feita a aquisição em situação de emergência. Defiro a liminar para afastar os efeitos da requisição administrativa em relação à quantidade de 10 aparelhos respiradores adquiridos pela impetrante da fornecedora MAGNAMED, autorizando que referida sociedade empresarial entregue os instrumentos à impetrante, dando termo à aquisição entre elas ajustadas.³⁰

No interesse da União, o Ministério da Saúde defende que os estoques e distribuição de respiradores devam ser centralizados³¹. Argumenta a ausência de barreiras da doença e ser nacional a necessidade de reforço do SUS. Assim, tal medida garantiria uma melhor distribuição de equipamentos médicos, evitando que somente as áreas com maiores recursos tenham capacidade de atender seus pacientes.

Ademais, com a crescente demanda internacional por esses bens, a requisição administrativa garantiria que os equipamentos permanecessem no Brasil, impedindo sua venda para o exterior por valor mais elevado, evitando a fuga de materiais essenciais.

Acerca da necessidade de preservar os respiradores no país, o motivo dos atos da União é perfeito, respeitando a finalidade administrativa de proteção da coletividade. Em que pese se tratar de medida extraordinária de intervenção, é feita em respeito ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

²⁹ Os referidos processos correspondem à ação nº 5001573-63.2020.4.03.6144, do Município de Santana de Parnaíba em face da União, da 2ª Vara Federal de Barueri; à ação nº 0802886-59.2020.4.05.0000, do Município de Recife em face da União; e o Mandado de Segurança nº 5019586-65.2020.4.02.5101, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em face da autoridade coatora Diretor de Departamento do Ministério da Saúde.

³⁰ Decisão no mandado de segurança impetrado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com autoridade coatora o Diretor de Departamento do Ministério da Saúde. BRASIL. 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro. MS nº 5019586-65.2020.4.02.5101/RJ. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/liminar-respirador-rj.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

³¹ Conforme se observa no artigo SANTOS, Rafa. *Epidemia da Covid-19 obriga Justiça a mediar batalha por respiradores*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/pandemia-obriga-justica-medi-ar-batalha-respiradores>>. Acesso em: 10 abr. 2020.



Entretanto, a alegação de necessidade de centralização de forças deve ser observada em contraste com os princípios próprios do Sistema Único de Saúde, visto sua ênfase na descentralização de gerenciamento e regionalização dos atendimentos, conforme previsão legal:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

- a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
- b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;³²

Com efeito, a competência para tratar de saúde é concorrente dos entes federativos e as decisões de cunho local, em regra, devem ser feitas pelo Município. Porém, em vistas à garantir uma resposta coesa à pandemia e pela excepcionalidade da situação, seria possível a atuação conjunta dos entes, com papel central da União, sem desrespeitar o pacto federativo.

Neste tópico, entretanto, devem ser observadas as alegações feitas pelo Município do Recife:

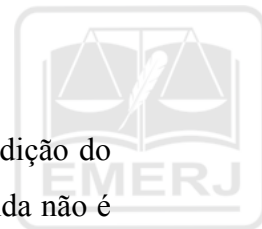
- i) mantida a requisição administrativa empreendida pela União - cujo destino é desconhecido, até porque o ato que a estabeleceu é completamente genérico, o que restou devidamente demonstrado na petição inicial da ação originária -, a grave lesão à saúde pública recifense certamente restará concretizada, dado que as UTI's destinadas ao tratamento da COVID-19 deixarão de estar equipadas com o principal equipamento necessário para o enfrentamento das formas graves da enfermidade;³³

Segundo o ente, enquanto a rede municipal possuiria 150 leitos de UTI prontos aguardando a chegada dos equipamentos, o ofício de requisição sequer teria a previsão da destinação dos bens. A ausência de clareza impede que os entes se organizem e preparem uma estratégia de combate à pandemia. Caberia, portanto, à União demonstrar a existência de um plano coeso e centralizado, que trouxesse segurança às demais entidades.

Destaca-se ainda que nos casos concretos a requisição não foi feita tendo como sujeito passivo entes públicos ou entidades da Administração Indireta, e sim empresas particulares. Porém, muitos dos respiradores que ainda estavam na posse das sociedades já haviam sido adquiridos pelo Poder Público.

³² BRASIL, op. cit., nota 14.

³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Processo n. 0802886-59.2020.4.05.0000*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-respirador-recife.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 2.



De acordo com a norma prevista no art. 1.267 do Código Civil³⁴, sem a tradição do bem, apesar do negócio da alienação já estar concretizado, a propriedade do bem ainda não é transferida e, tecnicamente, este ainda se qualifica como bem particular. Destarte, o ato adequa-se tecnicamente à previsão constitucional da requisição administrativa, segundo a literalidade do art. 5º, inciso XV, do texto constitucional³⁵.

Não obstante, a questão deve ser avaliada em seu contexto³⁶.

Os entes públicos, ao adquirirem os respiradores, fizeram-no para complementar toda uma estrutura já preparada de médicos e hospitais. A impossibilidade de recebê-los inviabiliza o investimento público já realizado e impede que pacientes graves recebam o atendimento necessário para seu tratamento.

Ademais, pela urgência da situação, a devolução dos bens após sua requisição faz com que a aquisição perca seu propósito original, visto que a restituição só ocorreria após o fim da pandemia ou, ao menos, de seu pico.

Assim, em que pese não serem ainda bens públicos, a norma constitucional existe com o intuito de proteger a autonomia federativa e o interesse público. Se considerado que a verba destinada para a compra de equipamento médico fora gasta na alienação e que já existia planejamento de afetação para os equipamentos adquiridos, observa-se que as consequências da requisição são as mesmas, se não mais gravosas, do requerimento administrativo sobre qualquer bem público.

Destarte, a atuação na proteção da população e no reforço do Sistema Único de Saúde é imperiosa e constitui dever solidário de todos os entes federativos³⁷. Todavia, para que as ações dos governos se mostrem eficientes, é necessária a atuação conjunta e coordenada dos entes.

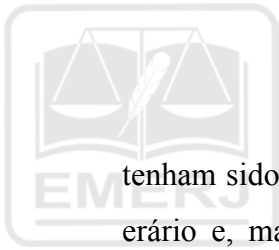
No caso da calamidade gerada pelo COVID-19, a ausência de comunicação gerou prejuízos à coletividade e aos órgãos públicos, visto que em decorrência das ações desencontradas dos entes, em vez da mera aquisição e distribuição do maquinário hospitalar, foi necessário buscar o Judiciário para resolver a contenda. Ainda que as tutelas de urgência

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 24.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 13.

³⁶ O presente artigo restringe sua análise à aplicabilidade em abstrato do instituto da requisição administrativa no contexto de calamidade pública por um estudo do instituto em si e dos princípios administrativos. Os casos referidos – as requisições feitas pela União – são usados meramente como exemplos, sem adentrar na existência de vícios nos atos administrativos. Porém, mister salientar que na decisão de concessão de tutela de urgência da 2ª Vara Federal de Barueri, a fundamentação pauta-se na presença de vícios de competência, de forma e de motivação. BRASIL. 2ª Vara Federal de Barueri. *Processo nº 5001573-63.2020.4.03.6144*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/santana-parnaiba-decisao.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 9.

³⁷ *Ibid.*, art. 23, inciso II.



tenham sido deferidas, o atraso no recebimento do material ocasionou prejuízo pecuniário ao erário e, mais importante, gerou a perda da vida de cidadãos que dependiam do sistema público.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, observou-se que a configuração de calamidade pública decretada possibilita a implementação da requisição administrativa, tal qual previsto na Lei nº 13.979 de 2020. Porém, a legalidade da medida não equivale a sua aplicação irrestrita. É necessário observar se há adequação do ato ao caso concreto, sob pena de inconstitucionalidade.

Primeiramente, devem ser respeitados os limites do instrumento, para que este não se desnaturalize, transformando-se em meio inidôneo de ingerência sobre bens públicos ou de aquisição de propriedade particular.

Com efeito, a mera subsunção literal da norma ao caso concreto não basta. É impreterível que no contexto do ato e em suas consequências haja a observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência elencados no art. 37 da Carta Magna.

Especificamente acerca das ações de combate à pandemia do corona vírus, destaca-se que a criação de novos leitos de UTI e o reforço do Sistema Único de Saúde devem ser realizados pela atuação coordenada da Administração Pública, respeitando o Federalismo Cooperativo. Afinal, a saúde pública é matéria de competência concorrente dos entes e a gravidade da situação gerada pelo corona vírus exige ações rápidas e eficientes para maior proteção da população e do erário.

Não obstante, ao realizar a requisição administrativa de aparelhos hospitalares já vendidos para a Administração Pública, sem um plano claro de atuação, a União deixou desamparados os Municípios e Estados que agiram com maior rapidez na construção de leitos e aquisição de materiais.

Destarte, aduz-se que na referida pandemia, dada a urgência de obtenção de equipamentos, a requisição administrativa surge como valiosa aliada para a saúde pública. Todavia, executada indevidamente, como ocorreu nas requisições de bens consumíveis ou previamente adquiridos pela Administração Pública, a intervenção na propriedade em vez de auxiliar a população, trouxe prejuízos de curto ou médio prazo, desviando-se da finalidade original de proteção do interesse público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto n° 5.392* de 10 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/D5392.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. *Decreto-lei n° 3.365*, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. *Decreto Legislativo n° 06*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. *Portaria n° 188*, de 03 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. *Lei n° 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. *Lei n° 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. *Lei n° 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. *Lei n° 13.979*, de 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. 2ª Vara Federal de Barueri. *Processo n° 5001573-63.2020.4.03.6144*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/santana-parnaiba-decisao.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro. *MS n° 5019586-65.2020.4.02.5101/RJ*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/liminar-respirador-rj.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Processo n° 0802886-59.2020.4.05.0000*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-respirador-recife.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS 25.295/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489874>>. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência n° 529/STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo384.htm>>. Acesso em: 01 set. 2020.



Supremo Tribunal Federal. *Supremo devolve administração de hospitais ao município do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64623>>. Acesso em: 01 set. 2020.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FRANÇOLIN, Andréa Pitthan. *A requisição administrativa em tempos de Covid-19*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/323162/a-requisicao-administrativa-em-tempos-de-covid-19>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

INZA, Rafael Hamze. *Requisição administrativa para enfrentamento da Covid-19*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/requisicao-administrativa-para-enfrentamento-da-covid-19-24032020>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

KELLY, Heath. *The classical definition of a pandemic is not elusive*. Disponível em: <<https://www.who.int/bulletin/volumes/89/7/11-088815/en/>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Requisição administrativa em tempos de pandemia*. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/requisicao-administrativa-em-tempos-de-pandemia-09042020>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

MENEGAT, Fernando. *O que esperar do Direito Administrativo e Econômico em tempos de Coronavírus?* Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/requisicao-administrativa-em-tempos-de-pandemia-09042020>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

PARANÁ. *Decreto nº 4.315*, de 21 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=233045&indice=1&totalRegistros=1&dt=11.3.2020.16.7.6.421>>. Acesso em: 01 set. 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Forense, 2019.

PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. *Considerações a respeito da requisição administrativa*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/323180/consideracoes-a-respeito-da-requisicao-administrativa>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SANTOS, Rafa. *Epidemia da Covid-19 obriga Justiça a mediar batalha por respiradores*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/pandemia-obriga-justica-medar-batalha-respiradores>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SCHREIBER, Mariana. *30 anos da Constituição: a Carta Magna brasileira é generosa demais?* Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45754119>>. Acesso em: 20 abr. 2020.



AFRORESISTÊNCIAS E O FOMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DO MOVIMENTO DE MULHERES NEGRAS DO RIO DE JANEIRO NA CONSTITUINTE DE 1987/88

Ellen Mendonça Silva dos Santos

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o presente artigo tem por objetivo apontar as demandas dos Movimentos de Mulheres Negras do Estado do Rio de Janeiro nos anos 70 e 80. Como também, analisar os pleitos sociais realizados por esse grupo que se tornaram política pública no contexto da Constituinte de 1987/88. Desse modo, pretende-se demonstrar a articulação das mulheres negras em seus coletivos, seus projetos legislativos e as leis que foram debatidas no espaço institucional do Congresso Nacional. Nesse sentido, o trabalho acadêmico apresenta-se como um instrumento de visibilização de um grupo histórico marginalizado, como sujeito ativo, na promoção de justiça social e na luta por reparação histórica.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Constituinte 1987/1988. Movimentos de Mulheres Negras do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário – Introdução. 1. A consolidação e engajamento dos Movimentos de Mulheres Negras do Rio de Janeiro nos anos 70 e 80. 2. A atuação institucional parlamentar do Movimentos das Mulheres Negras do Estado no Rio de Janeiro 3. O fomento de políticas públicas na Constituinte de 1987/88. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda a memória do Movimento de Mulheres Negras do Rio de Janeiro na Constituinte de 1987/88 e as políticas públicas formuladas por essas atrizes políticas. O objetivo da pesquisa é de enfrentamento ao ideal idílico de que “somos um país mestiço onde todos vivem em harmonia”, visibilizando a luta por implementação de políticas públicas e resistência da população afro-brasileira, especificamente das mulheres negras, através das propostas legislativas na Constituinte de 1987/88; e o combate ao racismo epistemológico.

Desse modo, demonstra-se o contexto histórico dos anos 70 e 80 à nível nacional, tal como essas atrizes se articularam no espaço organizacional, através dos coletivos; e no espaço institucional, no lançamento de candidaturas a cargos eletivos. Como também, à análise dos Anais da Constituinte, de periódicos dos Movimentos Negros e de trabalhos acadêmicos.

Diante disso, destaca-se que na realização de uma Assembleia Nacional Constituinte “livre, soberana e exclusiva” encontravam-se mulheres aguerridas que foram discutir e levar pautas historicamente rechaçadas reivindicando o status de cidadania e formulando garantias constitucionais para diferentes estratos da sociedade brasileira. Essas mulheres negras eram

oriundas das periferias, do meio artístico e do espaço acadêmico.

Nesse contexto, no Capítulo 1, evidencia-se a formação dos coletivos de mulheres negras do Estado Rio de Janeiro, nominando suas participantes e delimitando a sua atuação. A intenção é visibilizar o protagonismo e as vozes das mulheres negras na política cotidiana.

No Capítulo 2, mapeia-se todo o processo de formação da Assembleia Nacional da Constituinte, mediante às Comissões Temáticas, o quórum e a representatividade dos deputados eleitos democraticamente. Além do mais, demonstra-se a participação política das mulheres negras na Constituinte de 1987/88, através do lançamento de legislaturas e participações em Audiências Públicas.

No Capítulo 3, será listada as demandas, as conquistas de direitos e o mapeamento das legislações promovidas por essas mulheres organizadas no campo institucional.

O trabalho acadêmico é desenvolvido através do método quantitativo e bibliográfico, tendo em vista, à análise dos Anais da Assembleia Nacional Constituinte e a bibliografia pertinente ao tema. Além disso, será investigado os debates que ocorreram nesse período através de periódicos e filmografias.

1. A FORMAÇÃO DOS COLETIVOS DE MULHERES NEGRAS NO ANOS 70 E 80 E A SUA INFLUÊNCIA NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONSTITUINTE DE 87/88

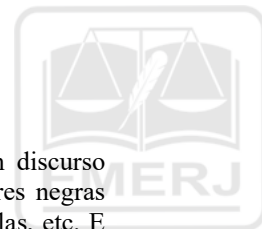
Nesse primeiro capítulo será abordado a formação e a agenda política dos Coletivos de Mulheres Negras do Rio de Janeiro, no período de 1970 e 1980, como também a influência do contexto histórico da época na criação desses espaços de resistência.

Ademais, com a consolidação desses grupos será demonstrado a participação e relevância dos mesmos no processo e na formulação de propostas da Assembleia Nacional Constituinte.

No período da redemocratização, nos anos 70 e 80, o Movimento de Mulheres Negras levou para o espaço organizacional o questionamento acerca do feminismo, no tocante a teoria e prática, ser um debate distante da realidade das mulheres negras. Lélia Gonzalez, militante dos Movimentos Negros, em entrevista ao Jornal do Movimento Negro Unificado¹ relata:

[...] no meio do movimento das mulheres brancas, eu sou a criadora de caso, porque

¹MNU JORNAL. Bahia, nº 19, maio./jul. de 1991.



elas não conseguiram me cooptar. No interior do movimento havia um discurso estabelecido com relação às mulheres negras, um estereótipo. As mulheres negras são agressivas, são criadoras de caso, não dá para a gente dialogar com elas, etc. E eu me enquadrei legal nessa perspectiva aí, porque para elas a mulher negra tinha que ser, antes de tudo, uma feminista de quatro costados, preocupada com as questões que elas estavam colocando² [...].

Diante disso, o movimento feminista brasileiro da época não compreendia a pluralidade das mulheres brasileiras, no tocante a etnia e classe social, reforçando um discurso acerca da universalidade da mulher e do mito da democracia racial. Segundo Joel Rufino, “a democracia racial é, basicamente, o pacto nacional, supraideológico, de não considerar a interação racial como significativa. O movimento negro como tal é a ruptura deste pacto”³.

Assim, ressalta-se que o Movimento de Mulheres Negras não surgiu como oposição ao movimento feminista. Um fato marcante da organização das mulheres negras brasileiras foi a criação do Conselho Nacional de Mulheres Negras: em maio de 1950, inserido no âmbito do Teatro Experimental Negro (TEN) e coordenado por Maria de Lurdes do Nascimento.

Historicamente desde a África encontram-se organizações de mulheres negras⁴ e no Brasil, mesmo antes do Movimento Feminista e do Movimento Negro, nos anos 70, as organizações de mulheres negras já existiam. Logo, segundo Joselina Silva⁵, “a luta, portanto era por direitos iguais, pela denúncia contra o racismo e os aspectos diferenciados de sexismo quando exercidos sobre mulheres negras.”

A historiadora Raquel Barreto, relata que a aproximação de Lélia Gonzalez com os movimentos negros aconteceu no ano de 1974 em reuniões realizadas no Teatro Opinião em Copacabana, que deram origem ao Instituto da Pesquisa da Cultura Negra (IPCN). Com relação ao Instituto da Pesquisa da Cultura Negra (IPCN), Barreto afirma:

[...] o mesmo surge em plena ditadura militar, no restinho do “milagre econômico brasileiro”, quando os negros nos centros urbanos tiveram acesso ao mercado de trabalho formal.

O IPCN (...) foi criado num momento de enorme tensão social e política, acabou expressando uma militância que radicalizava frente à questão racial, determinando uma nova característica no Movimento Negro, de questionar e denunciar abertamente o racismo na Sociedade Brasileira. (...). [...]⁶

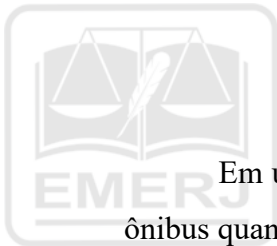
²Ibidem.

³SANTOS, Joel Rufino. *O Movimento Negro e a Crise Brasileira*.1985. Disponível em: <<http://www.joelrufinodossantos.com.br/paginas/artigos/o-movimento-negro-e-a-crise-brasileira.asp>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁴ANA apud ALMEIDA, Lady Christina de. Autonomia e protagonismo: a experiência de intelectuais/ativistas negras brasileiras. In: SILVA, Joselina; PEREIRA, Amauri (Orgs.). *O Movimento de Mulheres Negras: escritos sobre os sentidos de democracia e justiça social no Brasil*. Belo Horizonte: Nandyala, 2014, p. 109.

⁵SILVA, Joselina. I Encontro Nacional de Mulheres Negras: o pensamento das feministas negras na década de 1980. In: Ibid., p. 13-39.

⁶BARRETO, Raquel de Andrade. *Enegrecendo o feminismo ou Feminizando a raça* : narrativas de libertação



Em uma entrevista concedida a Rosália Lemos⁷, Suzete Paiva relata que estava em um ônibus quando um militante do movimento negro a entregou um jornal, que continha um texto intitulado “A Omissão da Mulher Negra”. Esse texto a fez refletir sobre a não participação das mulheres negras no Instituto de Pesquisa de Culturas Negras⁸ (IPCN), fazendo com que Suzete publicasse dois artigos: um no jornal SINBA⁹, a respeito da omissão da mulher negra e outro no Jornal dos Bancários intitulado “Olhando para o Seu Próprio Umbigo”.

É importante salientar que Suzete Paiva não aprova um processo organizacional de mulheres negras apartado ao Movimento Negro. Entretanto, reconhece as opressões de gênero dentro do próprio Movimento.

Diante disso, em 1978, algumas mulheres como: Suzete Paiva, Azoilda Loretto da Trindade, Pedrina de Deus, Léa Garcia, Cristina Daniel Cruz, Édila Silva das Virgens, Estela da Costa Monteiro, Irani Maia Pereira, Jurema Gomes da Silva, Oir Nascimento de Oliveira, Shirlei da Silva, e outras; se reuniam terça-feira e quinta-feira, no Instituto de Pesquisa das Culturas Negras (IPCN). Dessa “grande reunião de mulheres negras”¹⁰ surgiu o REMUNEA¹¹, Reunião de Mulheres Negras Aqualtune¹².

O REMUNEA – Reunião de Mulheres Negras Aqualtune tinha como diretriz “fortalecer a consciência crítica e gerar conteúdo sobre a questão racial e feminina”¹³. Uma das grandes contribuições para o Movimento de Mulheres Negras do Rio de Janeiro foi a confecção de uma cartilha acerca da valorização do trabalho doméstico.

em Angela Davis e Lélia Gonzáles. 2005. 128 f. Dissertação (Mestrado em História) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 26.

⁷LEMOS, Rosália de Oliveira. *O feminismo negro em construção: a organização do movimento de mulheres negras no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. 1997. 185 f.. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1997, p.69-70.

⁸O Instituto de Pesquisa das Culturas Negras (IPCN) foi fundado em 8 de junho de 1975 com o objetivo de pesquisar, denunciar e combater o racismo. A sede do instituto se encontra na Avenida Mem de Sá, nº 208, Lapa, Rio de Janeiro.

⁹O jornal SINBA ligado a Sociedade de Intercâmbio Brasil-África (Sinba) foi fundado em 1977 e circulou até 1980. PEREIRA, A.A.; ALBERTI, V. *Histórias do movimento negro no Brasil: depoimentos ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Pallas, 2007. p. 476.

¹⁰PAIVA apud LEMOS, op. cit., p. 71.

¹¹Na pesquisa de Rosália Lemos, o nome do grupo era “REUNIMA – Reunião de Mulheres Aqualtune”. Nas pesquisas de Amauri Mendes Pereira e Schuma Schumacher o grupo era denominado como “REMUNEA – REUNIÃO DE MULHERES NEGRAS AQUALTUNE”.

¹²Aqualtune era filha do Rei Cajanga e comandou os guerreiros para defender o Congo. Ela foi sequestrada e levada para Recife, onde desembarcou em um navio negro. No Brasil, assumiu a liderança do Quilombo dos Palmares junto com Ganga Zumba fundando Palmares, o Estado Negro. Por fim, foi avó de Zumbi dos Palmares.

¹³DEUS apud PEREIRA, Amauri Mendes. Pedrina de Deus: militância e teoria em corpo e alma. In: SILVA; PEREIRA, op. cit., p. 211.



Em 1980 foi fundado o Luiza Mahin¹⁴, o grupo estava ligado ao Movimento Negro Unificado (MNU) e foi idealizado por Lélia Gonzalez e Zezé Motta.

Em 1982, Lélia Gonzalez deixou o Grupo de Trabalho Luiza Mahin, o qual fazia parte da comissão executiva¹⁵ e constituiu em 16 de junho de 1983 o NZINGA: Coletivo de Mulheres Negras/RJ. O grupo era formado por: Lélia Gonzalez, Rosália Lemos, Jurema Batista, Pedrina de Deus, Ana Garcia, Elizabeth Viana, Geralda Alcântara, Ivonete, Jurema Gomes da Silva, Helena Maria de Souza, Mariza Martins Pereira, Miramar Corrêa, Helena Maria de Souza, Jurema Gomes, Regina Coeli, entre outras.

O NZINGA tinha como objetivo o debate acerca de gênero e raça entre mulheres negras pobres e de classe média.¹⁶ O Coletivo obteve reconhecimento nacional e produziu um jornal denominado: Nzinga Informativo¹⁷.

No ano de 1985, após o I e II Encontros de Mulheres de Favela e Periferia (CEMUFPP), foi fundado o Centro de Mulheres de Favela e Periferia do Rio de Janeiro¹⁸. As mulheres que participavam desse grupo eram: Benedita da Silva, Sandra Bello, Joana Angélica de Souza, Vera Neri, Heloísa Marcondes, Alda Costa, entre outras.

O CEMUFPP tinha por objetivo:

[...] dar visibilidade aos trabalhos desenvolvidos pelas mulheres das comunidades, contribuindo para a sua autonomia. O CEMUFPP atua nas áreas de saúde e educação, desenvolvendo atividades no campo da psicologia e psicopedagogia em creches; oferece reforço escolar para crianças da 1ª à 4ª séries. Trabalha numa perspectiva de combate ao racismo e à discriminação contra a mulher. [...] ¹⁹

Diante do exposto, detalhar o cenário político do Movimento de Mulheres Negras nos anos 80 se faz necessário. Esse movimento se concretizava, através de grupos que se encontravam nas praças, favelas e até mesmo em reuniões de movimentos sociais previamente existentes, para a compreensão do nível organizacional político, no tocante a esfera pública das eleições como se dará adiante.

¹⁴Mulher africana que teve grande importância na Revolta dos Malês e foi mãe de Luiz Gama, advogado negro abolicionista.

¹⁵PAULA, Rosângela de. O papel forte da mulher negra. *Jornal do Conselho da Comunidade Negra*, Rio de Janeiro, p. 13, abr./ mai. 1986.

¹⁶LEMOS, op. cit., p.74.

¹⁷ROLAND, Edna. O movimento de mulheres negras brasileiras: desafios e perspectivas. In: HUNTLEY, Lynn; GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo (Orgs.). *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 240.

¹⁸SCHUMACHER, Schuma. *Mulheres negras do Brasil*. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2007, p 333.

¹⁹ROLAND, op. cit., p. 241.



2. A ATUAÇÃO INSTITUCIONAL PARLAMENTAR DOS MOVIMENTOS DE MULHERES NEGRAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

No ano de 1982 buscando a articulação do Movimento de Mulheres Negras com o espaço institucional, Jurema Batista se candidatou à vereadora e Lélia Gonzalez à deputada federal, ambas pelo Partido dos Trabalhadores, no Rio de Janeiro. Entretanto, as duas não foram eleitas.²⁰

Segundo Raquel Barreto²¹, o ano de 1982 representava um período de reabertura política, entretanto a pesquisadora encontrou nos relatórios do Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) informações acerca da candidatura de Lélia Gonzalez²² como deputada federal, por intermédio de panfletos os quais demonstravam a plataforma política da militante, assim como documentos que caracterizam os movimentos negros da época como subversivos.

Desse modo, o governo brasileiro ainda no ano de 1982 temia que eclodisse no Brasil enfrentamentos raciais²³, como por exemplo aconteceu nos Estados Unidos da América, com o movimento dos Panteras Negras²⁴.

Contudo, Benedita da Silva foi eleita vereadora do Rio de Janeiro pelo Partido dos Trabalhadores e convidou Lélia Gonzalez e Jurema Batista para serem suas assessoras. Em 1982, o sistema eleitoral ainda era o do voto vinculado, ou seja, o voto para governador e demais cargos deveriam ser na mesma legenda, caso contrário haveria sua anulação.

Com relação ao cenário político no ano de 1982, Benedita da Silva destaca:

[...] minha eleição para a Câmara dos Vereadores só foi possível graças ao trabalho pela criação do PT, que começou durante a ditadura. A direita achava que o PT não teria chances de crescer, que era só fogo de palha, e alguns da esquerda diziam que o

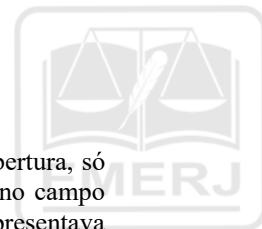
²⁰SANTOS, Ellen Mendonça Silva dos. *Movimento de Mulheres Negras do Rio de Janeiro: Amefricanidade, Interseccionalidade e a Implementação de Políticas Públicas na Constituinte de 1988*. Rio de Janeiro: Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2015, p. 37-38.

²¹Na obra de Raquel Barreto o sobrenome de Lélia Gonzalez é descrito em seu final com a letra “s”, entretanto com as pesquisas realizadas para o presente trabalho constatou-se que o sobrenome da intelectual termina com a letra “z”, ou seja, Gonzalez.

²²BARRETO, op. cit., p. 24.

²³Ibidem, p. 24-25.

²⁴Panteras Negras foi um partido político nos Estados Unidos da América, denominado precisamente Partido Pantera Negra para Autodefesa. O mesmo tinha como objetivo a defesa dos estadunidenses negros. Ressalta-se que nos Estados Unidos da América não se utiliza a expressão negro e sim, *person of color* ou *african americans*. Em consideração a isso, Lélia Gonzalez em suas obras acerca do feminismo negro aponta que todas as pessoas da América Ladina e do Caribe são amefricanos. Logo, optou-se pela expressão “estadunidenses”.



PT tinha vindo para dividir as forças progressistas. Entre a ditadura e a abertura, só existiram dois partidos, a Arena e o MDB. Como a maioria das pessoas no campo popular e democrático, eu apoiava o MDB. Só que aquele partido não representava as nossas comunidades. Os políticos chegavam na favela, faziam discursos e iam embora [...]

Então começamos a discutir a possibilidade da criação de um novo partido, com lideranças de favelas, professores, estudantes e membros da igreja.²⁵ [...]

No ano de 1986, Benedita da Silva e Lélia Gonzalez foram designadas para o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, pelo presidente da época, José Sarney. E, como representantes das mulheres negras, participaram do Encontro Nacional Mulher e Constituinte²⁶.

Ainda no mesmo ano de 1986, uma publicação do Nzinga Informativo tratava de explicar didaticamente o que era a Constituinte e evidenciar a articulação do Movimento de Mulheres Negras buscando expressão no contexto nacional:

[...] Constituinte é uma palavra que hoje está na propaganda de televisão, nos discursos das autoridades, nas conversas de botequim, ou seja, está nas ruas. Ainda assim é pouco entendida. E é por isso que vamos falar um pouquinho sobre o que ela significa. [...] A Constituição é a lei mais importante de um Estado (no sentido de País). É ela quem indica como serão feitas e cumpridas as outras leis. Ela é tão importante que estabelece os direitos e deveres de cada cidadão e até onde o Estado pode interferir nas liberdades de cada um. Isto significa que a Constituição reflete a vontade do cidadão. Daí que um governo que se diz representante do povo não pode governar sem uma Constituição. Agora, o mais importante é saber quem colabora, isto é, quem faz a Constituição, para saber se os nossos desejos e as nossas esperanças cabem dentro dela. É aí que entra a importância da Constituinte que é a reunião de pessoas escolhidas para fazer estas leis.

É impossível nos dias atuais, reunirmos toda a população do país para fazer as leis. Então temos necessidade de delegar poderes aos deputados e senadores, em nosso nome, farão a Constituição. Para isto eles são chamados de representantes do povo. E, como representantes, tem a obrigação e o dever de nos consultar, antes de elaborar, votar ou rejeitar uma lei. [...]

Na medida em que os deputados e senadores representam o povo, é importante que os candidatos eleitos para ocupar tais cargos tenham um compromisso real com a comunidade que dizem representar. E é por isso que defendemos a necessidade de nossos representantes serem escolhidos entre os grupos de mulheres, de negros, índios, dos sindicatos, das associações de moradores de favelas, das igrejas e etc., porque só assim teremos leis que garantam realmente os nossos direitos, já que serão feitas por pessoas que no dia a dia estão discutindo, questionando e levantando os problemas conosco.²⁷ [...]

No ano de 1986, Benedita da Silva foi eleita deputada federal constituinte, pelo Partido dos Trabalhadores, representando o estado do Rio de Janeiro. No entanto, Lélia Gonzalez não logrou êxito no pleito eleitoral ao cargo de deputada estadual, pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

²⁵BENJAMIN, Medea; MENDONÇA, Maisa. *Benedita*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, p. 68.

²⁶SANTOS, op. cit., p. 58.

²⁷NZINGA INFORMATIVO apud ibidem, p. 56.

De acordo com Daniel Sarmento²⁸:

[...] a Assembleia Nacional Constituinte que se reuniu em 1º de fevereiro de 1987 era composta por 559 membros – 487 deputados federais e 72 senadores. Entre os constituintes, todos os deputados federais e 49 dos senadores haviam sido eleitos no pleito ocorrido em 1986. Os demais 23 senadores eram “biônicos”: tinham sido eleitos indiretamente nas eleições ocorridas em 1982. [...] ²⁹

A Assembleia Nacional Constituinte apresentava em seu quadro representativo parlamentar³⁰: 26 - vinte e seis - mulheres e 11 - onze - afrodescendentes, de um total de 559 - quinhentos e cinquenta e nove - congressistas.

Segundo, Natália Santos³¹, a Assembleia Nacional Constituinte teve 2 (duas) fases. A primeira fase intitulada de popular ou descentralizada, a qual possuía “8 comissões e 24 subcomissões específicas com a participação de todos os constituintes”³². Além disso, teve a participação da sociedade civil de 3 formas: “[...] envio de sugestões, participação em audiências públicas e encaminhamento de emenda popular [...]”³³. E a segunda fase denominada parlamentar ou centralizada “que contou em uma das etapas com a Comissão de Sistematização composta somente pelos presidentes e relatores das Comissões e relatores das Subcomissões [...]”.

Com respeito a sua atuação como deputada constituinte, Benedita da Silva, revela:

[...] meus principais projetos como deputada enfocavam os direitos da mulher e da criança, negros e minorias. Lutei pela muito pela garantia do ensino gratuito, porque considero a educação um direito fundamental. Também trabalhei pelo reconhecimento profissional das empregadas domésticas e das trabalhadoras rurais. Era a primeira mulher negra a entrar no Congresso e, mais uma vez, tive que me impor para poder apresentar minhas propostas. [...] ³⁴

Diante disso, no final do ano de 1986 até março de 1987 ocorreram mobilizações para que a Constituinte correspondesse aos anseios populares, tendo como principal objetivo uma Assembleia Nacional Constituinte “livre, soberana e exclusiva”³⁵. Portanto, nesse período destaca-se a atuação dos movimentos sociais pautando sua agenda política no espaço institucional, através da militância partidária³⁶, como foi relatado por Benedita da Silva³⁷.

²⁸SARMENTO, Daniel. 21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988. *IDP*, Porto Alegre, ano 7, nº 30, p.12, nov./ dez. 2009.

²⁹ *Ibidem*, p. 12.

³⁰ *Ibidem*, p. 15.

³¹ SANTOS, op. cit., p. 18.

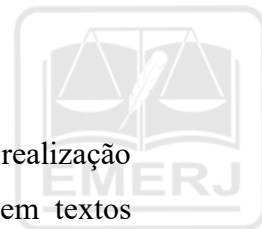
³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ BENJAMIN; MENDONÇA, op. cit., p. 75.

³⁵ SANTOS, op. cit., p.24.

³⁶ *Ibidem*, p. 28.



Dessa forma, o Regimento Interno da Assembleia Constituinte previa a realização inicialmente do processo legislativo constitucional de forma descentralizada e sem textos determinados. Logo, estabeleceram 8 (oito) comissões temáticas compostas por 63 (sessenta e três) membros titulares e o mesmo número de suplentes, cada uma delas³⁸:

[...] I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher;
II – Comissão da Organização do Estado;
III – Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo;
IV – Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições;
VI – Comissão da Ordem Econômica;
VII – Comissão da Ordem Social;
VIII – Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, Da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. [...]

As Comissões Temáticas eram formadas por 3 (três) Subcomissões Temáticas, as quais eram compostas por 21 (vinte e um) membros. Evidencia-se que a Subcomissão dos Negros, Pessoas Deficientes e Minorias estava atrelada à Comissão da Ordem Social³⁹. Segundo, Natália Santos, “cada uma dessas instâncias deveria possuir um presidente, um vice-presidente e um relator”⁴⁰.

Portanto a autora⁴¹, relata:

[...] no que se refere à função, Subcomissões e Comissões deveriam elaborar o projeto de Constituição com as Normas Gerais e Disposições Transitórias e Finais relativas à temática de sua competência, que seriam posteriormente encaminhadas à Comissão de Sistematização, Plenário e Comissão de Redação [...]
A Etapa 2 do processo (Subcomissões Temáticas) ocorreu entre 07 de abril e 25 de maio de 1987 e caracterizou-se pela intensa interação entre parlamentares e atores extraparlamentares: nesse período ainda se fazia possível o envio das sugestões à ANC e realizaram-se as audiências públicas com representantes da sociedade civil [...]

Pelo exposto, no capítulo 2, pretendeu-se demonstrar toda a atuação parlamentar das mulheres negras no estabelecimento da Constituinte, de 1987/1988, como também a articulação popular e dos partidos políticos nesse processo. Adiante, será demonstrado a formulação de políticas públicas no espaço institucional, bem como as propostas legislativas que foram desenvolvidas.

³⁷ Benedita da Silva foi suplente da mesa diretora na Assembleia Nacional Constituinte. SANTOS, Natália Neris da Silva. *A voz e a palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direitos*. São Paulo: Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa do Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, p. 30.

³⁸ SANTOS, op. cit., p. 32.

³⁹ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 34.



3. O FOMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONSTITUINTE DE 1987/98

A reunião de instalação da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, no dia 7 de abril de 1987, contou com a presença de 12 (doze) parlamentares, dentre eles, Benedita da Silva; demonstrando algo que seria recorrente: o baixo quórum dos constituintes, já que na Subcomissão devia constar a presença de 21 (vinte e um) parlamentares.⁴²

A deputada constituinte discursa acerca do conceito de minorias e do objetivo da Subcomissão nessa reunião inaugural:

[...] quero neste momento, para que também conste em Ata, dizer que não somos minoria, somos maioria que ficou até então marginalizado de todo esse processo, e que hoje, quantitativamente, não temos uma grande representação. Nós temos uma representação digna, como tantas outras, e a nossa Constituição fará justiça com o resgate dessa dívida social que a sociedade tem para com cada um desses segmentos que se encontram marginalizados. [...]

Os indígenas não têm esta representação, neste momento histórico. Nós sabemos também que essas minorias, que envolvem desde o homossexualismo (sic) à prostituição, todos esses segmentos são marginalizados e não tem representação. Mas eu quero crer que todos nós aqui estamos com o propósito de fazer valer o direito de cada um desses cidadãos e cidadãs. [...]

A segunda reunião⁴³ da Subcomissão ocorreu no dia 9 de abril de 1987, dois dias depois do primeiro encontro, contou com a participação da deputada constituinte, Benedita da Silva e mais 8 (oito) parlamentares, totalizando o quórum de 9 constituintes, ou seja, abaixo do previsto. Com isso, tal encontro foi declarado informal.⁴⁴

Nesse dia, segundo Natália Santos, “Benedita da Silva convida à todos/as a participarem de uma manifestação que ocorreria no dia 13 de abril (segunda-feira) de entrega das demandas do Movimento Negro à ANC”⁴⁵.

Com relação a atuação das mulheres negras na Constituinte de 1987/88, a primeira audiência da Subcomissão de Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias⁴⁶, teve em sua ata o registro da presença de 20 (vinte) parlamentares e 15 (quinze) representantes dos Movimentos Negros. Além disso, Lélia Gonzalez, militante dos Movimentos Negros e Professora do Departamento de Sociologia e Política da PUC-Rio e Helena Theodoro, Doutora em Filosofia e militante dos Movimentos Negros, participaram

⁴² Ibidem, p. 64.

⁴³ Observa-se na obra de Natália Santos, que ocorreram 16 (dezesesseis) reuniões da Subcomissão de Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. SANTOS, op. cit., p. 198-199.

⁴⁴ Ibidem, p. 67.

⁴⁵ Ibidem, p. 70.

⁴⁶ Ibidem, p. 81.

desse encontro como expositoras; e Benedita da Silva, deputada constituinte, auxiliou na condução dos debates.⁴⁷

As 3 (três) reuniões acerca da temática racial aconteceram da seguinte forma: “a primeira em 28/04/1987, pela manhã (das 09h às 13h30), na mesma data, no período da tarde/noite (das 17 h às 20h45), e em 04/05/1987, no período da tarde/noite (das 17h às 20h30)”.⁴⁸

Em seu discurso na Audiência Pública na Assembleia Nacional Constituinte, Lélia Gonzalez⁴⁹:

[...] alerta, a partir desse momento de sua fala, que o tempo todo discorre sobre *sociedade* e em nenhum momento sobre *Nação*. Ela explica que assim o faz porque crê que o projeto de nação brasileira ainda é um projeto de uma minoria dominante, projeto do qual a população, povo, o conjunto dos cidadãos não participam e neste conjunto, 60% são negros.

A expositora afirma que não é por acaso que maior parte da clientela dos presídios e dos hospícios brasileiros seja constituída por negros, que maior parte das prostitutas seja mulheres negras. Opera no Brasil uma ideologia que nos coloca como incapazes e a discriminação nas diversas áreas é latente.

Gonzalez também coloca que não poderia deixar de denunciar num espaço como audiência pública na ANC as injustiças de uma sociedade que *ironicamente* se denomina como *democracia racial*. A ativista aponta que o Brasil tende a negar a existência de hierarquias com base racial, negar a existência do preconceito e do racismo e que o *mito* (da democracia racial), além de servir como justificativa para inação do país frente às desigualdades contribuiu para a *desmobilização* inclusive das esquerdas [...]

Com relação à esquerda brasileira, Lélia Gonzalez afirma que não conseguem visualizar que a maioria das trabalhadoras e trabalhadores brasileiros são negros, portanto, reafirmam o ideal idílico da democracia racial.

Em sua exposição na Assembleia Nacional Constituinte, Helena Theodoro⁵⁰ aponta a Constituição como um marco legal na construção da cidadania do povo negro:

[...] nós tivemos várias Constituições, todas elas pautadas em modelos estrangeiros. Nunca se parou para olhar para dentro, para dialogar com o povo e para pensar na realidade de uma Constituição que deveria ser uma Carta que regulasse a melhor maneira deste povo [...]

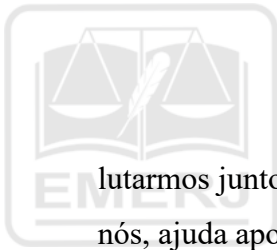
Um fato fundamental, enfatizado por Helena Theodoro, é da união e do apoio dos constituintes na temática racial e de como Benedita da Silva era uma figura importante naquele espaço institucional para a população negra brasileira: “eu acredito que seja a hora de

⁴⁷ Ibidem, p. 82.

⁴⁸ Ibidem, p. 81.

⁴⁹ Ibidem, p. 83.

⁵⁰ Ibidem, p. 86.



lutarmos juntos. Um grupo luta aqui, como a Benedita, nossa representante, outro grupo como nós, ajuda apoia, pressiona”⁵¹.

Lélia Gonzalez, mais adiante nesse primeiro encontro, alerta sobre a importância da democratização do controle dos meios de comunicação e de como a mídia tem influência na propagação do mito da democracia racial no Brasil: “nós temos que nos aliar a todas as propostas mais avançadas no interior da Constituinte e fora dela para que os meios de comunicação de massa não fiquem nas mãos de determinadas pessoinhas, que determinam o que será passado”.⁵²

Por fim, Gonzalez, afirma que não se pode depositar todos os anseios da população na Constituição, que cabe as pessoas negras se organizarem e se mobilizarem em sua localidade, junto a setores não negros, nas igrejas, ou seja, em todos os espaços, para que haja a construção de uma nova sociedade.⁵³

No ano do Centenário da Escravidão, em 1988, o Nzinga Informativo, divulga as propostas da “Bancada Negra Na Constituinte”⁵⁴:

[...] as principais propostas dos Deputados Constituintes: BENEDITA DA SILVA (PT-RJ), CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA CAÓ (PDT-RJ), EDMILSON VALENTIM (PC do B-RJ) e PAULO RENATO PAIM (PT-RS). Esses parlamentares em suas campanhas junto ao Movimento Social e em particular o Movimento Negro se comprometeram em legislar levando em consideração a questão racial no Brasil, fazendo de suas vozes a voz do Movimento Negro ao desmascarar o mito da democracia racial, e assim vão derrubando as barreiras que nos impedem de exercer nossa cidadania. Eis alguns dos projetos-lei aprovados ou em discussão na Constituinte.

- inclusão da história geral da África e da história do negro no Brasil como matéria integrante das disciplinas de currículo escolar obrigatório.
- define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor a prática de racismo constitui crime inafiançável, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.
- instituição do dia 13 de maio como “Dia Nacional de Denúncia contra o racismo.”
- feriado nacional dia 20 de novembro, aniversário da morte de Zumbi dos Palmares e data consagrada pela comunidade afro-brasileira como “Dia Nacional da Consciência Negra.”
- proíbe o Brasil de manter relações diplomáticas com países que adotem políticas oficiais de discriminação racial.
- propõe o rompimento de relações do Brasil com a África do Sul e com outros países segregacionistas.
- assegura a categoria dos trabalhadores domésticos os direitos como: salário mínimo, irredutibilidade do salário ou vencimento, 13º, repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, aviso prévio, além da integração à Previdência Social.⁵⁵ [...]

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem, p. 87.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ NZINGA INFORMATIVO, op. cit., p. 8.



Tendo em consideração os debates realizados pelas mulheres negras na base popular até a Constituinte, sobrepõe-se através da atuação da deputada constituinte, Benedita da Silva, que uma conquista muito importante foi a regulamentação do trabalho doméstico, artigo 7º, parágrafo único, da publicação original da Constituição da República Federativa do Brasil. Ademais, Benedita da Silva, atuou nas discussões retrógradas sobre interrupção de gravidez; na ampliação do debate juntamente com o Grupo Triângulo Rosa, no que concerne a não discriminação por orientação sexual, artigo 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e no rompimento de relações diplomáticas do Brasil com regimes segregacionistas, conforme art. 4º, VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil⁵⁶.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa acadêmica teve como premissa demonstrar a atuação legislativa das mulheres negras no processo da Constituinte de 87/88. Portanto, direcionou-se o holofote para sujeitos que buscavam um status de cidadania num país extremamente desigual, em que uma maioria populacional se tornou minoria política.

Desse modo, foi preciso apresentar a trajetória dessas atrizes por intermédio dos coletivos de mulheres negras do Estado do Rio de Janeiro e a atuação deles. Adiante revelou-se que desses espaços organizacionais surgiram nomes de grande relevância no processo constitucional brasileiro: Lélia Gonzalez, Helena Theodoro, Jurema Batista e Benedita da Silva.

Como comprovou-se nesse trabalho que foi necessário uma organização à nível nacional do Movimento de Mulheres Negras do Estado do Rio de Janeiro para pautar políticas públicas no espaço institucional e angariar aliados. Diante disso, destacou-se a eleição de Benedita da Silva como deputada constituinte representando não só os anseios das mulheres negras, mas de uma grande parcela da população brasileira que era estigmatizada pela origem, pela cor, pela religião e pela orientação sexual.

Ademais, apresentou-se todo o processo organizacional da Constituinte 87/88, tendo a participação ativa de Lélia Gonzalez, Helena Theodoro e Benedita da Silva nas Audiências Públicas, especificamente na Subcomissão de Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.

⁵⁶PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; SANTOS, Ellen Mendonça Silva dos Santos. Agenda Política do Movimento de Mulheres Negras na Constituinte de 1987/88: atuação interseccional na construção de demandas. In: ENCRESPANDO, 1, 2015, Rio de Janeiro. *Encrespando - Anais do I Seminário Internacional: Refletindo a Década Internacional dos Afrodescendentes* (ONU, 2015-2024). Brasília: Brado, 2016.



Dessa maneira, apontou as demandas da Bancada Negra na Constituinte e os dispositivos legais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que foram influenciados pela deputada constituinte Benedita da Silva.

Outrossim, constatou-se que os temas: direitos do trabalhador doméstico, a não-discriminação por orientação sexual e o fim de relações diplomáticas do Brasil com países segregacionistas; foram consagrados na Carta Magna, devido à atuação político-institucional do Movimento de Mulheres Negras.

Por todo o exposto, o ordenamento jurídico brasileiro delimita os anseios e as demandas da população brasileira, através de representantes eleitos democraticamente. Desse modo, a legislação presente na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 não reflete somente o contexto histórico de uma época ou a ideologia de determinado grupo, mas sim, o sonho de milhares de brasileiras e brasileiros que almejam uma igualdade substancial por meio de justiça social e o desejo uma efetiva reparação histórica. Dessarte, a Lei Maior representa: memória, presente e a futuridade de um projeto de nação.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Raquel de Andrade. *Enegrecendo o feminismo ou Feminizando a raça: narrativas de libertação em Angela Davis e Lélia Gonzáles*. 2005. 128 f. Dissertação (Mestrado em História) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

BENJAMIN, Medea; MENDONÇA, Maisa. *Benedita*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

GONZALEZ, Lélia. *A categoria político-cultural de amefricanidade*. In: Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 92/93 (jan./jun.). 1988, p. 69-82.

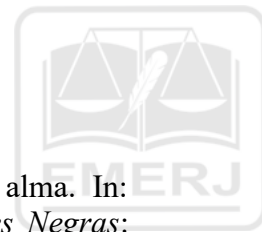
LEMOS, Rosália de Oliveira. *O feminismo negro em construção: a organização do movimento de mulheres negras no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1997.

MNU JORNAL. Entrevista Lélia Gonzalez. *Jornal Nacional do Movimento Negro Unificado*, Bahia, p. 8-9, maio. jun. jul.,1991.

NZINGA INFORMATIVO. Rio de Janeiro, ano III, nº4, jul./ago., 1988.

PAULA, Rosângela de. O papel forte da mulher negra. *Jornal do Conselho da Comunidade Negra*, Rio de Janeiro, p. 13, abr./ mai. 1986.

PEREIRA, A.A.; ALBERTI, V. *Histórias do movimento negro no Brasil: depoimentos ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Pallas, 2007.



PEREIRA, Amauri Mendes. Pedrina de Deus: militância e teoria em corpo e alma. In: SILVA, Joselina; PEREIRA, Amauri Mendes (Orgs.). *O Movimento de Mulheres Negras: escritos sobre os sentidos de democracia e justiça social no Brasil*. Belo Horizonte: Nandyala, 2014. p. 205-217.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; SANTOS, Ellen Mendonça Silva dos Santos. Agenda Política do Movimento de Mulheres Negras na Constituinte de 1987/88: atuação interseccional na construção de demandas. In: ENCRESPANDO, 1, 2015, Rio de Janeiro. *Encrescando: Anais do I Seminário Internacional: Refletindo a Década Internacional dos Afrodescendentes* (ONU, 2015-2024). Brasília: Brado, 2016.

ROLAND, Edna. O movimento de mulheres negras brasileiras: desafios e perspectivas. In: HUNTLEY, Lynn; GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo (Orgs.). *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

SANTOS, Ellen Mendonça Silva dos. *Movimento de Mulheres Negras do Rio de Janeiro: Amefricanidade, Interseccionalidade e a Implementação de Políticas Públicas na Constituinte de 1988*. Rio de Janeiro: Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2015.

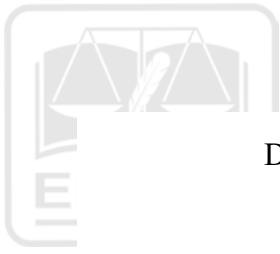
SANTOS, Joel Rufino dos. *O Movimento Negro e a Crise Brasileira*. 1985. Disponível em: <<http://www.joelrufinodossantos.com.br/paginas/artigos/o-movimento-negro-e-a-crise-brasileira.asp>>. Acesso em: 29 set. 2020.

SANTOS, Natália Neris da Silva. *A voz e a palavra do Movimento Negro na Assembléia Nacional Constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direitos*. São Paulo: Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa do Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

SARMENTO, Daniel. 21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988. *IDP*, Porto Alegre, ano 7, nº 30, p.12, nov./ dez. 2009.

SCHUMAHER, Schuma. *Mulheres negras do Brasil*. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2007.

SILVA, Joselina; PEREIRA, Amauri. *O Movimento de Mulheres Negras: escritos sobre os sentidos de democracia e justiça social no Brasil*. Belo Horizonte: Nandyala, 2014.



DA ILEGITIMIDADE DOS TESTES DE COSMÉTICOS EM ANIMAIS

Ettore Puppim Carvalho

Graduado em Direito pela Universidade
Candido Mendes. Advogado.

Resumo – A indústria de cosméticos, a partir do ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade, busca legitimar a prática de testes de cosméticos em animais ao questionar leis estaduais relativas à proibição desses testes. Recente decisão do Supremo Tribunal Federal se direciona no sentido de garantir proteção aos animais contra testagem de produtos cosméticos. As Assembleias Legislativas dos Estados do Rio de Janeiro e do Amazonas e a *amicus curiae* Humane Society International trazem argumentos combatendo a tese da indústria de cosméticos de liberação de testes de cosméticos em animais. Conclui-se que a ordem jurídica nacional prevalece na proteção dos animais em face dos testes de cosméticos.

Palavras-chave – Direito Ambiental. Direito Constitucional. Proteção aos animais. Teste em animais. Cosméticos. Maus-tratos aos animais.

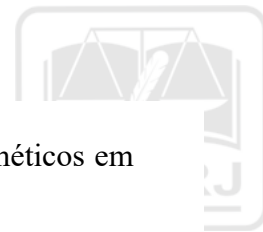
Sumário – Introdução. 1. Dos fundamentos da indústria de cosméticos para tentar buscar legitimar a prática de testes de cosméticos em animais. 2. Da pretensa livre iniciativa da indústria de cosméticos em oposição ao corpo normativo protetivo dos animais e leis anteriores. 3. Dos outros argumentos da Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos (ABIHPEC) em contraposição às defesas das leis impugnadas realizadas pelas Assembleias Legislativas e pela Humane Society International (HSI). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a ilegitimidade da indústria de cosméticos no que se refere à realização de testes em animais. Busca-se demonstrar a necessidade de tratamento digno a ser conferido aos animais, em razão de recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como em razão das normas protetivas dos direitos dos animais.

Nas últimas décadas, tem-se observado a crescente iniciativa de entidades privadas, bem como Poderes Públicos no sentido de se buscar a garantia dos direitos dos animais em face das atividades de testagem de produtos de cosméticos em desenvolvimento por essa indústria, e outros produtos. Não obstante haver um considerável número de leis pretéritas protetivas dos animais, verifica-se que as leis protetivas dos animais relacionadas com os testes de cosméticos são recentes.

Pode-se dizer que esse processo de proteção dos animais contra testes de cosméticos diz respeito à humanização do tratamento dado aos animais e à necessidade de se conferir



dignidade a eles, buscando-se o objetivo de extinguir os testes de produtos de cosméticos em animais.

Os direitos dos animais se baseiam na perspectiva de que os animais não são uma simples coisa ou *res*, bens semoventes, mas seres que, apesar de não gozarem dos direitos afetos aos seres humanos, devem, por força do crescente e evoluído campo normativo-principiológico sobre a matéria, ser tratados de forma digna. Defende-se, portanto, a extinção dos testes de cosméticos em animais.

A tese da extinção dos referidos testes se fundamenta tanto no sofrimento gerado aos animais quanto na questionável eficácia da prática de testes de cosméticos em animais no desenvolvimento ou aprimoramento de produtos.

No primeiro capítulo, aborda-se a prática de testes de cosméticos em animais e com base em que fundamentos a indústria de cosméticos busca legitimar essa prática, além das orientações jurídicas contra os testes em animais.

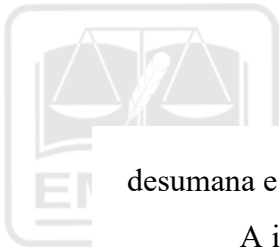
No segundo capítulo, aborda-se a oposição entre o princípio da livre iniciativa da atividade privada e o corpo normativo protetivo dos animais, bem como leis anteriores.

No terceiro capítulo, faz-se a abordagem dos argumentos da Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos (ABIHPEC) em contraposição à posição das Assembleias Legislativas dos Estados do Rio de Janeiro e do Amazonas, à posição do Supremo Tribunal Federal e ao posicionamento da *amicus curiae* Humane Society International.

A pesquisa é desenvolvida pelo método exploratório em uma abordagem qualitativa do tema. Faz-se a abordagem do corpo normativo, constitucional, judicial e doutrinário no âmbito relativo à coibição dos maus-tratos aos animais em face da livre iniciativa da indústria de cosméticos.

1. DOS FUNDAMENTOS DA INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS PARA TENTAR BUSCAR LEGITIMAR A PRÁTICA DE TESTES DE COSMÉTICOS EM ANIMAIS

Com o desenvolvimento da indústria de cosméticos nas últimas décadas, foi adotado por ela a prática nefasta de realização de testes de cosméticos em animais. Verifica-se que a prática de testes de produtos cosméticos em animais pela indústria de cosméticos, apesar de ser amplamente combatida por iniciativas recentes, conforme se demonstra, ainda é preocupante e ainda é muito praticada por essa indústria. Desenvolve-se no presente trabalho que não é justificável a prática de testes de cosméticos em animais, uma vez que essa prática é



desumana e degradante, pelo que se faz necessária sua coibição pelo Estado.

A indústria de cosméticos, a partir da Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos, busca legitimar a testagem em animais de produtos cosméticos, no Brasil, pelo que ajuizou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade: ADI nº 5995/RJ¹ e ADI nº 5996/AM², nas quais busca alcançar a declaração de inconstitucionalidade de normas protetivas dos direitos dos animais dos Estados do Rio de Janeiro e do Amazonas.

A força econômica da indústria de cosméticos não deve ser capaz de extirpar do ordenamento jurídico a garantia da dignidade dos animais, em especial no que se refere ao artigo 225, § 1º, VII da Constituição da República Federativa do Brasil³; à Lei Federal nº 11.794/08⁴; à Lei Estadual nº 7.814/17 do Estado do Rio de Janeiro⁵; à Lei Estadual nº 289/15 do Estado do Amazonas⁶; ao Decreto nº 3.688/1941⁷ (Lei de Contravenções Penais) e à Lei nº 9.605/98⁸ (Lei de Crimes Ambientais).

Afirma a Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos, na defesa de sua tese perante o Supremo Tribunal Federal contra a referida Lei Estadual do Rio de Janeiro e contra a referida Lei Estadual Amazonense, que as aludidas leis geram insegurança jurídica, uma vez que, conforme suas alegações, haverá tratamento diferenciado sobre a matéria nos diferentes Estados-membros da Federação. Alegam também que as mencionadas Leis Estaduais contrariam a Lei nº 11.794/08⁹, no entanto, verifica-se que não há contrariedade entre as referidas Leis Estaduais e a Lei Federal, em razão da diversidade de objetos entre elas.

Prosseguindo na defesa de sua tese, alega a representante da indústria dos cosméticos que a Lei Federal nº 11.794/08¹⁰, editada para regulamentar o inciso VII do § 1º do art. 225 da

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.995*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5531738>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.996*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5531781>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 abr. 2020.

⁴ BRASIL. *Lei nº 11.794/2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111794.htm>. Acesso em: 26 abr. 2020.

⁵ RIO DE JANEIRO. *Lei Estadual nº 7.814/2017*. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/533361597/lei-7814-17-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

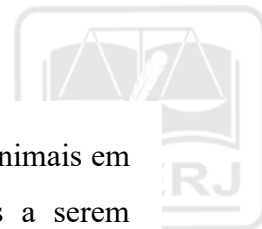
⁶ AMAZONAS. *Lei Estadual nº 289/2015*. Disponível em: <https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2015/9412/9412_texto_integral.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

⁷ BRASIL. *Decreto nº 3.688/1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁸ BRASIL. *Lei nº 9.605/1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 4.



CRFB/88¹¹, ao instituir órgãos responsáveis pela fiscalização e controle do uso de animais em pesquisas científicas, já regula, suficientemente, as condições e procedimentos a serem observados na utilização de animais com fins educacionais e científicos. A aludida associação se refere ao Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal – CONCEA e às Comissões de Ética no Uso de Animais – CEUAs, órgãos que vão regulamentar a pesquisa científica com animais e os parâmetros éticos a serem obedecidos nessas pesquisas.

Pode-se dizer que as normas protetivas dos direitos dos animais constituem um corpo de normas harmônico presente no ordenamento jurídico, o qual busca precipuamente a proteção dos direitos dos animais contra abusos.

Observa-se que pelo prisma da essencialidade, a indústria de cosméticos não se destina a salvar vidas humanas, pelo que não há legitimidade da indústria de cosméticos em realizar testes em animais. Há que se ressaltar que o Procurador-Geral da República, no parecer exarado na ADI nº 5.995/RJ¹² entendeu não ser aplicável a Lei nº 11.794/08¹³ em relação à indústria dos cosméticos, o que fez de forma acertada, considerando-se que a referida Lei Federal tem objeto e destinatários diversos das referidas Leis do Rio de Janeiro e do Amazonas.

A referida Lei Estadual do Estado do Rio de Janeiro¹⁴, impugnada em sede da ADI nº 5995/RJ¹⁵ estabelece em seu artigo 1º: “Fica proibida, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a utilização de animais para desenvolvimento, experimento e teste de produtos cosméticos, higiene pessoal, perfumes, limpeza e seus componentes”.

Mostra-se acertada a referida Lei Estadual do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que adota o posicionamento constitucional e legal acerca da proteção dos direitos dos animais em face de práticas abusivas relacionadas a testes de cosméticos. Essa lei elenca, de forma exemplificativa, os produtos cujos testes em animais são vedados, como cremes, emulsões, loções, géis e óleos para a pele, dentre outros. O referido diploma legal do Estado do Rio de Janeiro adota a posição protetiva mais adotada em âmbito global no que se refere aos direitos dos animais.

A Lei do Estado do Amazonas¹⁶ converge no mesmo sentido da Lei Estadual Fluminense¹⁷, no sentido de proibir testes de cosméticos em animais. No que se refere à ADI

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

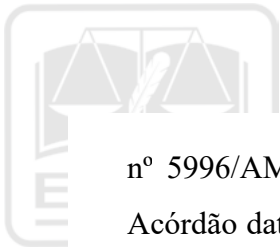
¹³ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁴ RIO DE JANEIRO, op. cit., nota 5.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁶ AMAZONAS, op. cit., nota 6.

¹⁷ RIO DE JANEIRO, op. cit., nota 5.



nº 5996/AM¹⁸, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, verifica-se que, em recente Acórdão datado de 15/4/2020, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos que buscava a declaração de inconstitucionalidade da norma do Estado do Amazonas protetiva dos direitos dos animais. Acertada a referida decisão uma vez que resguarda os direitos dos animais em face de testes praticados por uma indústria com um baixo grau de essencialidade. Acredita-se que no mesmo sentido deverá ser julgada a ADI nº 5.995/RJ¹⁹, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Argumenta a Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos – ABIHPEC que não pretende na ADI nº 5.995/RJ²⁰ contrariar a proteção constitucional do bem-estar dos animais, mas visa apenas a buscar a segurança jurídica relativa ao sistema constitucional de repartição de competências. No entanto, como a referida associação busca a declaração de inconstitucionalidade de leis protetivas dos animais, a decorrência lógica disso é que ela busca extinguir disposições legais protetiva dos animais, pelo que o argumento relativo à segurança jurídica não merece prosperar.

Outrossim, estabelece a CRFB/88 no seu artigo 225, § 1º, VII²¹ que compete ao Poder Público: “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.” Desse modo, de fato, a CRFB/88 veda submissão de animais a crueldade, o que implica proibição de realização de testes de cosméticos em animais.

Acerca da aplicação do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, Ana Conceição²² assim expõe:

[...] outrossim, entende-se que a proteção dos animais não humanos é corolário da chamada proteção ecológica, ou seja, derivada da noção de preservação do meio ambiente como um todo, pela importância que cada ser vivo representa para o bem-estar e o equilíbrio ambiental. A questão ambiental sobremaneira auxiliou a promoção de uma nova política de proteção aos animais não humanos e viabilizou a adoção de medidas para a efetividade da prescrição contida no art. 225 da CF.

Sob diversos aspectos, demonstra-se a falta de legitimidade constitucional e legal no que se refere à realização de testes em animais pela indústria de cosméticos. Desse modo, demonstra-se a prática de testes de cosméticos em animais e com base em quais fundamentos a indústria de cosméticos busca legitimar essa prática, além de expor as orientações jurídicas

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²² FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. *A proteção aos animais e o Direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 24.

contra os testes em animais.

2. DA PRETENZA LIVRE INICIATIVA DA INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS EM OPOSIÇÃO AO CORPO NORMATIVO PROTETIVO DOS ANIMAIS E LEIS ANTERIORES

A Constituição da República Federativa do Brasil²³ consagra, em seu artigo 1º, inciso IV o fundamento constitucional dos valores da livre iniciativa. No seu inciso segundo do artigo 5º, a CRFB/88²⁴ estabelece que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No entanto, será visto que a livre iniciativa da indústria de cosméticos em relação à realização de testes em animais encontra impedimento na legislação brasileira.

Algumas das leis atuais que regulam ou têm relação com a prática de testes em animais são as seguintes: a Lei nº 11.794/08²⁵; a Lei Estadual nº 7.814/17 do Estado do Rio de Janeiro²⁶; a Lei Estadual nº 289/15 do Estado do Amazonas²⁷; além do Decreto nº 3.688/41²⁸ (Lei de Contravenções Penais) e da Lei nº 9.605/98²⁹ (Lei de Crimes Ambientais).

A Lei nº 11.794/08³⁰ criou o CONCEA - Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal e previu a criação das CEUAs - Comissões de Ética no Uso de Animais, os quais são de grande importância na proteção dos animais, enquanto que as Leis Estaduais do Rio de Janeiro e do Amazonas, conforme exposto, vão trazer maior ênfase na questão da proibição de testes em animais pela indústria dos cosméticos.

De fato, as aludidas Leis Estaduais trazem uma evolução no que se refere à proteção dos animais em território nacional, uma vez que vedam a realização de testes de cosméticos em animais nos respectivos Estados da Federação.

Outra lei protetiva dos animais é a Lei das Contravenções Penais (Decreto nº 3.688/41) a qual, em seu artigo 64³¹, estabelece o seguinte: “Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo: Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.” Por conseguinte, o parágrafo primeiro³² do referido artigo assim

²³ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁶ RIO DE JANEIRO, op. cit., nota 5.

²⁷ AMAZONAS, op. cit., nota 6.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 8.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 4.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 7.

³² Ibid.



estabeleceu: “Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo”. Portanto, verifica-se que a Lei de Contravenções Penais tutela os direitos dos animais de não serem submetidos a tratamento doloroso ou cruel.

Com base na análise dos dispositivos expostos da Lei de Contravenções Penais³³, pode-se chegar a conclusão de que um indivíduo que trabalhe em um laboratório e que realize testes cruéis em animais, não obstante estar exercendo um ofício, poderia ter sua conduta subsumida no artigo 64 da LCP³⁴.

Sobre uma perspectiva criminológica, bem como acerca da necessidade de maior proteção aos animais, Gisele Kronhardt Scheffer³⁵ traz as seguintes considerações:

[...] é possível, então, se começar a pensar também em criminologias biocêntricas, onde todos os seres vivos devem ser considerados por terem valor em si mesmos e não por sua utilidade ou capacidade de servir ao homem. O ser humano precisa compreender que suas ações geram consequências não somente sobre outros seres humanos, mas sobre todas as formas de vida. E que todas são igualmente importantes e merecedoras do nosso respeito.

O artigo 32 da Lei nº 9.605/98³⁶ (Lei de Crimes Ambientais), por sua vez, prevê o crime de maus-tratos aos animais, cuja pena é de detenção de três meses a um ano e multa. Observa-se que uma prática degradante em relação aos animais não é só condenável do ponto de vista moral, mas também legal, em razão do que dispõem os aludidos dispositivos da Lei de Contravenções Penais³⁷ e da Lei de Crimes Ambientais³⁸.

É certo que em determinadas atividades mostra-se algumas vezes inevitável a realização de testes em animais, como em atividades desenvolvidoras de medicamentos e cura de patologias. Porém, mesmo nessas atividades de alta essencialidade está havendo a substituição paulatina da prática de testes em animais por outras menos danosas, na medida em que há o avanço da tecnologia. Assim, a constante busca pelo aprimoramento dos padrões éticos nas pesquisas cada vez mais afasta a prática de testes em animais, seja qual for o grau de essencialidade do setor que realiza os testes.

Apesar de a Lei nº 11.794/08³⁹, ao contrário do artigo 4º, § 2º da revogada Lei nº

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

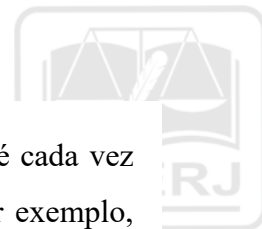
³⁵ SCHEFFER, Gisele Kronhardt. *Diálogos de direito animal*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2019, p. 14.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 8.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 7.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 8.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 4.



6.638/79⁴⁰, não ter mais previsto a adoção de animais de laboratório, essa prática é cada vez mais comum em âmbito nacional. A Universidade Federal de Santa Catarina, por exemplo, criou o Programa de Adoção de Animais de Laboratório da Universidade Federal de Santa Catarina.⁴¹ Assim, permite-se que seja conferido aos animais de laboratório uma existência mais digna.

Observa-se que, embora a proteção dos animais seja algo razoavelmente regulamentado, a garantia dos direitos dos animais não é algo incontroverso, tanto é que a Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos – ABIHPEC, conforme amplamente exposto, ajuizou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.995/RJ⁴² e nº 5.996/AM⁴³ perante o Supremo Tribunal Federal, buscando a declaração de inconstitucionalidade de normas proibitivas da realização de testes de cosméticos em animais.

É imperioso que leis que protejam os animais sejam observadas e cumpridas, de modo a permitir o alinhamento do ordenamento jurídico nacional ao movimento internacional de busca pela garantia dos direitos dos animais. O aprimoramento constante do sistema protetivo dos animais garante a observância de preceitos éticos e morais no que se refere aos animais submetidos a testes.

A proteção dos animais alcança nível global, de modo que nas referidas ações diretas de inconstitucionalidade houve a intervenção do *amicus curiae* Humane Society International – HSI. A intervenção como *amicus curiae* da referida organização internacional demonstra que a questão da proteção dos animais contra testes de cosméticos é um objetivo internacional que visa a garantir a integridade dos animais. Portanto, embora as leis impugnadas nas ações diretas de inconstitucionalidade referidas sejam estaduais, a discussão acerca da necessidade de proteção dos animais alcança nível global.

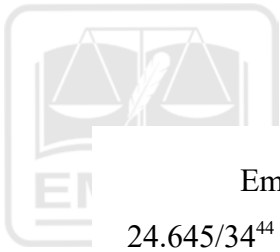
É certo que a coerção estatal, relativa ao exercício do poder de império, é um fator significativo no que se refere à busca da proteção aos animais. E esse poder é exercido, limitando-se a liberdade privada da indústria de cosméticos com o estabelecimento de normas jurídicas e seu cumprimento. Trata-se o tratamento digno a ser conferido aos animais de um preceito ético que deve ser seguido e aperfeiçoado de modo a afastar a prática abusiva de maus-tratos aos animais.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 6.638/1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6638.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁴¹ UFSC. Programa de adoção de animais de laboratório da Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://ceua.ufsc.br/2020/05/28/programa-de-adocao-de-animais-de-laboratorio-da-universidade-federal-de-santa-catarina/>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 2.



Em relação a outros diplomas legais anteriores, ora revogados, o Decreto nº 24.645/34⁴⁴ e a Lei nº 6.638/79⁴⁵ já previam a proteção aos animais contra tratamentos abusivos. O Decreto nº 24.645/34⁴⁶ estabelecia em seu artigo 1º o seguinte: “Todos os animais existentes no País são tutelados do Estado”. Ao fixar que todos os animais em território nacional são tutelados do Estado, o referido Decreto fez menção a todo o tipo de animal, utilizado ou não em experimentos. Nos incisos de seu artigo terceiro, o aludido Decreto fixava um amplo rol, enumerando os maus-tratos aos animais, o que incluía praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal; manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz e obrigar animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças.

Muitas outras formas de maus-tratos foram elencadas nos incisos do referido artigo. Observa-se que o diploma legal do ano de 1934 era muito evoluído para sua época e tratava de forma ampla as formas de maus-tratos aos animais, coibindo-as.

A mencionada Lei nº 6.638/79⁴⁷ regulava a prática didático-científica da vivisseção de animais. Por vivisseção se entende: “operação feita em animal vivo para estudo ou experimentação”⁴⁸. A referida norma já trouxe, à época, disposições que protegiam os animais. A aludida lei revogada proibia, por exemplo, a vivisseção sem o emprego de anestesia; em centro de pesquisas não registrados em órgão competente e sem a supervisão de técnico especializado. A referida lei revogada dispunha até mesmo do sacrifício de animais, o qual deveria observar a estrita obediência às prescrições científicas.

É certo que, observando-se a ordem jurídica atual, bem como os preceitos éticos, chega-se a conclusão de que as práticas de vivisseção e sacrifício de animais só são possíveis em atividades de grande essencialidade, por ser uma prática que traz prejuízos à integridade dos animais.

Desse modo observa-se que o início do movimento legislativo protetivo dos animais na República Federativa do Brasil tem origem no revogado Decreto nº 24.645/34⁴⁹, na vigente Lei de Contravenções Penais (Decreto nº 3.688/1941)⁵⁰ e na Lei nº 6.638/79⁵¹, revogada pela Lei nº 11.794/08⁵².

⁴⁴ BRASIL. *Decreto* nº 24.645/34. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 40.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 44.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 40.

⁴⁸ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 765.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 44.

⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 7.

⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 40.

⁵² BRASIL, op. cit., nota 4.

Portanto, a atuação estatal para a promoção da proteção aos animais é ancorada no seu corpo normativo e impede a livre iniciativa da indústria dos cosméticos quando da realização de testes em animais, de modo a garantir um tratamento aos animais livre de abusos.

3. DOS OUTROS ARGUMENTOS DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE HIGIENE PESSOAL, PERFUMARIA E COSMÉTICOS (ABIHPEC) EM CONTRAPOSIÇÃO ÀS DEFESAS DAS LEIS IMPUGNADAS REALIZADAS PELAS ASSEMBLEIAS LEGISLATIVAS E PELA HUMANE SOCIETY INTERNATIONAL (HSI)

Além dos argumentos principais trazidos pela Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos (ABIHPEC) nas ADI's nº 5.995/RJ⁵³ e nº 5.996/AM⁵⁴, a aludida associação trouxe outros argumentos com a finalidade de buscar legitimar suas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Em contrapartida, verifica-se a solidez dos argumentos que vão defender as leis impugnadas, oriundos das Assembleias Legislativas dos Estados do Rio de Janeiro e do Amazonas, da *amicus curiae* Humane Society International (HSI), do Supremo Tribunal Federal, bem como do presente trabalho.

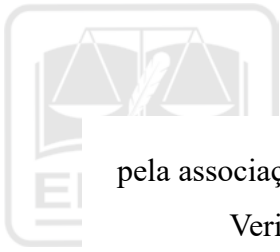
É certo que o Supremo Tribunal Federal, a partir de construção jurisprudencial⁵⁵, fixou alguns requisitos para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, são eles: a) composição por pessoas naturais ou jurídicas; b) representação de categorias econômicas e profissionais homogêneas; e c) âmbito nacional.

Em relação ao segundo requisito, a ABIHPEC alega que é entidade representativa de categoria econômica delimitada e homogênea. No entanto, como colocado pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da mencionada ADI do Rio de Janeiro, a associação referida possui em seu quadro associativo inúmeras empresas, as quais sequer são do ramo de seu objeto social, como A.W. Faber Castell S.A.; Ajinomoto do Brasil Indústria e Comércio de Alimentos Ltda; Fragrance Expertise Internacional Consultoria, Importação e Exportação Ltda; Gets Assessoria Empresarial Ltda e Wheaton Brasil Vidros Ltda. Nenhuma das associadas expostas são do ramo da indústria de higiene pessoal, perfumaria e cosméticos, o que afasta o cumprimento do requisito da representação de categoria econômica homogênea

⁵³ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na ADI nº 4.294/SP*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310227854&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2020.



pela associação requerente.

Verifica-se que a associação requerente tem como associadas sociedades empresárias sem qualquer relação com a indústria de higiene pessoal, perfumaria e cosméticos, o que demonstra que no presente caso há hibridismo da composição da associação requerente. Desse modo, não há homogeneidade na composição da associação requerente, o que afasta o cumprimento do requisito da homogeneidade da representação para fins de propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Alega a ABIHPEC ainda que as Leis Estaduais do Rio de Janeiro e do Amazonas extrapolaram a competência suplementar dos Estados, bem como usurparam a competência da União. No entanto, esse argumento é facilmente combatido ao se considerar que as Leis Estaduais Fluminense e Amazonense possuem objeto diverso da Lei Federal nº 11.794/08⁵⁶, bem como decorrem da competência legislativa plena dos Estados para legislar diante da inexistência de lei federal sobre o tema, na forma do parágrafo terceiro do artigo 24 da CRFB/88⁵⁷.

Portanto, a partir dos argumentos trazidos pelas Assembleias Legislativas do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Amazonas, reforça-se que a referida Lei Federal permite a utilização de animais em atividade científica e as Leis Estaduais Fluminense e Amazonense proíbem a utilização de animais no desenvolvimento, experimentos e testes de produtos cosméticos, atividades essas que não são científicas. A competência da União para legislar de forma geral e dos Estados de forma suplementar só ocorre quando há identidade de objetos entre a lei da União e a lei estadual, razão pela qual o argumento da incompatibilidade entre normas não merece ser acolhido.

Em relação à ADI nº 5.996/AM⁵⁸, ação essa que, conforme exposto, buscou a inconstitucionalidade de lei proibitiva de realização de testes de cosméticos em animais no Estado do Amazonas, não houve invasão da competência da União pela referida Lei Estadual, tendo fixado o acórdão do Supremo Tribunal Federal⁵⁹:

[...] a Lei 289/2015 do Estado do Amazonas, ao proibir a utilização de animais para desenvolvimento, experimentos e testes de produtos cosméticos, de higiene pessoal, perfumes e seus componentes, não invade a competência da União para legislar sobre normas gerais em relação à proteção da fauna. Competência legislativa concorrente dos Estados (art. 24, VI, da CF).

Estabeleceu ainda o referido acórdão: “Em linha de princípio, admite-se que os

⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁵⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁵⁹ Ibid.

Estados editem normas mais protetivas ao meio ambiente, com fundamento em suas peculiaridades regionais e na preponderância de seu interesse, conforme o caso”⁶⁰. Desse modo, o princípio federativo cria competências concorrentes e garante um grau de autonomia aos entes da Federação na atividade legislativa.

Por fim, faz-se oportuna a abordagem dos argumentos trazidos pela *amicus curiae* nas referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade: Humane Society International (HSI). Aduziu a HSI, tanto na ADI nº 5.995/RJ⁶¹, quanto na ADI nº 5.996/AM⁶², o seguinte:

[...] a crescente proteção aos animais contra testes realizados pela indústria de cosméticos é tendência mundial irreversível do ponto de vista ético, científico e econômico. Globalmente, os testes cosméticos em animais já são proibidos em 37 países, incluindo tanto países desenvolvidos, como os 28 integrantes da União Europeia, Israel, Noruega, Suíça, Taiwan e Nova Zelândia, quanto países em desenvolvimento, como são exemplos Índia, Turquia e Guatemala.

Diante da importância do argumento exposto, o referido trecho inclusive foi trazido no voto do relator Ministro Alexandre de Moraes na ADI nº 5.996/AM⁶³. Verifica-se que o movimento de busca da extinção dos testes de cosméticos em animais alcança âmbito global, como ocorreu com os Direitos Humanos no pós-guerra. Desse modo, a tendência é de que a vedação dos testes de cosméticos em animais alcance todos os países, incidindo sobre todas as empresas da área de cosméticos. Ressalta a HSI que o momento atual em nível global é o de transição paradigmática em relação ao tratamento conferido aos não-humanos.⁶⁴

Pontua a HSI que historicamente a proteção aos animais tem origem no *Cruelty to Animals Act da Inglaterra*, do ano de 1835⁶⁵. Desse modo, verifica-se que o movimento de proteção aos animais vem ganhando evolução e adesão nos dias atuais e hoje os testes de cosméticos em animais são proibidos em trinta e sete países, conforme exposto.

Ressalta-se que, conforme pontua a HSI em sua manifestação, no Brasil a adesão à proibição de realização de testes de cosméticos em animais alcança sete Estados da Federação, quais sejam, São Paulo com a Lei nº 15.316/14⁶⁶; Paraná com a Lei nº 18.668/15⁶⁷;

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶² BRASIL, op. cit., nota 2.

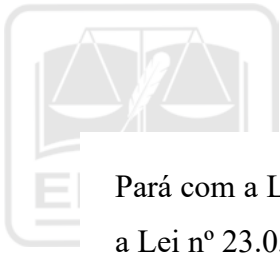
⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ SÃO PAULO. Lei Estadual nº 15.316/2014. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15316-23.01.2014.html>>. Acesso em: 05 out. 2020.

⁶⁷ PARANÁ. Lei Estadual nº 18.668/2015. Disponível em: <http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=50489&tipo=L&tplei=0>. Acesso em: 05 out. 2020.



Pará com a Lei nº 8.361/16⁶⁸; Mato Grosso do Sul com a Lei nº 4.538/14⁶⁹; Minas Gerais com a Lei nº 23.050/18⁷⁰; além das leis do Rio de Janeiro e do Amazonas expostas nesse trabalho.

Portanto a vedação de testes de cosméticos em animais não é um movimento isolado de um Estado da Federação, mas um movimento que foi acolhido por uma parte considerável dos Estados da Federação, a partir da elaboração de leis estaduais por esses Estados. A tendência na República Federativa do Brasil é, certamente, de que mais Estados venham a elaborar leis próprias com a finalidade de proibir, em seus territórios, a prática de testagem de produtos cosméticos em animais.

Desse modo, com o exercício da competência constitucional concorrente para legislar sobre produção, consumo, fauna, conservação da natureza e proteção do meio ambiente, na forma dos incisos V e VI do artigo 24 da CRFB/88⁷¹, a tendência é que os Estados da Federação cada vez mais venham a aderir ao movimento global de proibição de realização de testes de produtos cosméticos em animais, com a elaboração de leis estaduais sobre o tema.

Constata-se que os testes de cosméticos em animais, além de gerarem inúmeros malefícios aos animais, mostram-se dispensáveis, uma vez que não retratam os efeitos que as substâncias produzem nos seres humanos, em razão da diferença biológica entre os humanos e os animais submetidos a testes. Em relação a essa assertiva, expôs a HSI, tanto na ADI nº 5.995/RJ⁷², quanto na ADI nº 5.996/AM⁷³, o seguinte:

[...] nesse sentido, além de provocarem intensos sofrimentos aos animais, inclusive erupções cutâneas, lesões, descamação, inflamação, sangramento, úlceras, convulsões, paralisia e, finalmente, a morte, os testes com animais apresentam inúmeros outros problemas. Eles são demorados e dispendiosos, restritivos quanto ao número de substâncias que podem ser testadas, fornecem pouca compreensão de como os produtos químicos se comportam no corpo humano e, em muitos casos, são incapazes de prognosticar corretamente as reações humanas no mundo real.

Verifica-se que são diversos os malefícios aos animais decorrentes da testagem de cosméticos neles, bem como que a realização desses testes trazem poucos benefícios aos seres

⁶⁸ PARÁ. *Lei Estadual nº 8.361/2016.* Disponível em: <http://bancodeleis.alepa.pa.gov.br:8080/lei8361_2016_17276.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.

⁶⁹ MATO GROSSO DO SUL. *Lei Estadual nº 4.538/2014.* Disponível em: <<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/76a1b291c530658904257ced004a957c?OpenDocument&Highlight=2,cosm%C3%A9ticos>>. Acesso em: 05 out. 2020.

⁷⁰ MINAS GERAIS. *Lei Estadual nº 23.050/2018.* Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=23050&comp=&ano=2018>>. Acesso em: 05 out. 2020.

⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁷² BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷³ BRASIL, op. cit., nota 2.



humanos.

Em relação ao ativismo de Organizações Não-Governamentais e Associações na defesa dos animais, como a HSI, essas entidades foram comparadas, na obra de Samylla Mól e Renato Venancio⁷⁴, à Arca de Noé, com a seguinte exposição:

[...] esse é o mito bíblico do dilúvio. A história serve de comparação a nossa situação atual. Nos dias de hoje, o tráfico, o aprisionamento em gaiolas, os maus-tratos impingidos pelo homem e o descaso em relação aos outros seres vivos têm levado à extinção de espécies, representando uma catástrofe semelhante ao dilúvio bíblico. No entanto, diariamente, um grande número de animais é salvo deste “dilúvio” por diversos órgãos e pessoas que atuam como uma Arca de Noé dos nossos dias. Uns dos melhores exemplos são as ONGs, associações de defesa aos animais e os protetores independentes, que vêm exercendo um importante trabalho na defesa de animais. Sua existência tem se tornado tão comum que, na maioria das cidades, os animais podem contar com a ajuda desses “Noés” e de suas “arcas”.

Portanto, verifica-se a amplitude dos argumentos que defendem a proibição da prática de testagem de cosméticos em animais no Brasil e no mundo, de modo que não há retrocesso no presente sistema de proteção aos animais, garantindo-se os direitos dos animais contra práticas abusivas.

CONCLUSÃO

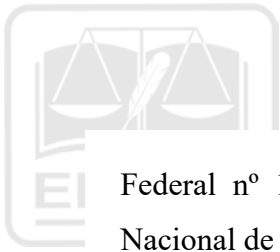
O presente trabalho discorreu acerca da ilegitimidade da indústria de cosméticos na realização de testes em animais.

Inicialmente, abordou-se quais os fundamentos da indústria de cosméticos para buscar legitimar a prática de testes de cosméticos em animais

Abordaram-se as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5995/RJ e nº 5996/AM, nas quais a indústria de cosméticos buscou a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 7.814/17 do Estado do Rio de Janeiro e da Lei Estadual nº 289/15 do Estado do Amazonas, respectivamente, as quais proíbem a realização de testes de cosméticos em animais. Na ocasião da elaboração do presente artigo, a ADI nº 5.996/AM foi julgada improcedente, enquanto que a ADI nº 5.995/RJ tinha parecer favorável à manutenção da proibição legal de utilização de animais em testes de produtos de natureza cosmética no Estado do Rio de Janeiro.

Pela parte da indústria de cosméticos, essa defendeu que as referidas Leis Estaduais criam insegurança jurídica em razão da diferença normativa entre Estados da Federação. Alegou ainda usurpação de competência da União para legislar sobre o tema. Expôs que a Lei

⁷⁴ MÓL, Samylla; VENANCIO, Renato. *A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 114.



Federal nº 11.794/08 já criou o órgão responsável pela regulação da matéria (Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal – CONCEA).

Por conseguinte, foi demonstrado que, apesar da aparente livre iniciativa da indústria de cosméticos, o corpo normativo que coíbe maus-tratos aos animais mostra-se sólido, de modo a limitar a liberdade privada do setor em questão.

Desse modo, houve a contraposição da livre iniciativa da indústria de cosméticos na realização de testes em animais com o corpo judicial e normativo protetivo dos animais. Fez-se menção à baixa essencialidade da indústria de cosméticos o que implica necessidade de extinção da realização de testes em animais por ela. Foi exposto o artigo 225 § 1º, VII da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual veda a prática de crueldade contra animais.

Ao final foram expostos os outros argumentos da Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos (ABIHPEC) em contraposição aos argumentos das Assembleias Legislativas dos Estados do Rio de Janeiro e do Amazonas, da Humane Society International (HSI) e em contraposição aos argumentos trazidos pelo presente trabalho.

Portanto, conforme demonstrado, o sistema jurídico nacional de proteção aos animais encontra-se amplamente regulamentado, pelo que as práticas advindas desse sistema criam um corpo normativo protetivo dos animais.

Desse modo, foi exposto que a regulação estatal protetiva dos animais possibilita um tratamento digno aos animais, pelo que se faz aplicável o corpo normativo protetivo dos animais em detrimento das práticas abusivas relativas aos testes de cosméticos em animais.

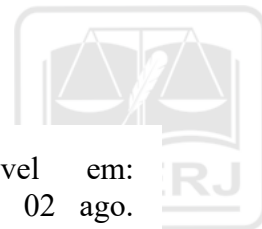
REFERÊNCIAS

AMAZONAS. *Lei Estadual nº 289*, de 03 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2015/9412/9412_texto_integral.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 abr. 2020.

_____. *Decreto nº 3.688*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020.

_____. *Decreto nº 24.645*, de 10 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020.



_____. *Lei n° 6.638*, de 08 de maio de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6638.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020.

_____. *Lei n° 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020.

_____. *Lei 11.794*, de 08 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111794.htm>. Acesso em: 26 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 5.995*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5531738>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 5.996*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5531781>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na ADI n° 4.294/SP*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310227854&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2020.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. *A proteção aos animais e o Direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito*. Curitiba: Juruá, 2014.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MATO GROSSO DO SUL. *Lei Estadual n° 4.538*, de 3 de junho de 2014. Disponível em: <<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/76a1b291c530658904257ced004a957c?OpenDocument&Highlight=2,cosm%C3%A9ticos>>. Acesso em: 05 out. 2020.

MINAS GERAIS. *Lei Estadual n° 23.050*, de 25 de julho de 2018. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=23050&comp=&ano=2018>>. Acesso em: 05 out. 2020.

MÓL, Samylla; VENANCIO, Renato. *A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

PARÁ. *Lei Estadual n° 8.361*, de 11 de maio de 2016. Disponível em: <http://bancodeleis.alepa.pa.gov.br:8080/lei8361_2016_17276.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.

PARANÁ. *Lei Estadual n° 18.668*, de 23 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=50489&tipo=L&tplei=0>. Acesso em: 05 out. 2020.



RIO DE JANEIRO. *Lei Estadual nº 7.814*, de 15 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/533361597/lei-7814-17-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

SÃO PAULO. *Lei Estadual nº 15.316*, de 23 de janeiro de 2014. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15316-23.01.2014.html>>. Acesso em: 05 out. 2020.

SCHEFFER, Gisele Kronhardt. *Diálogos de direito animal*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2019.

UFSC. *Programa de adoção de animais de laboratório da Universidade Federal de Santa Catarina*. Disponível em: <<https://ceua.ufsc.br/2020/05/28/programa-de-adocao-de-animais-de-laboratorio-da-universidade-federal-de-santa-catarina/>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

A QUESTÃO DO *BIS IN IDEM* ENTRE O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E O CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO

Felipe Cavalcanti Soares

Graduado em Direito pela Universidade do Grande Rio Professor José de Souza Herdy. Advogado.

Resumo – A correta aplicação da Lei penal interessa a toda sociedade, e não apenas às partes de um processo criminal. Com efeito, há situações em que duas ou mais normas podem ser aplicadas a um mesmo fato delituoso, resultando naquilo que se convencionou chamar de conflito aparente de normas. Esse aparente conflito é verificado, comumente, nos casos de tráfico de drogas em que há incidência da causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo. Nesses casos, há divergência sobre a aplicação do princípio da especialidade ou da regra do concurso material de crimes, com severa discussão sobre proporcionalidade. O objetivo deste trabalho, portanto, é analisar cada uma dessas interpretações possíveis e elucidar qual é a norma de regência nesses casos, à luz da proporcionalidade.

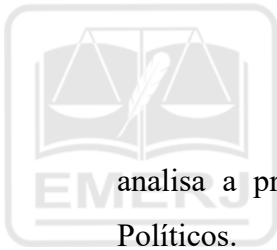
Palavras-chave – Direito Penal. Conflito aparente de normas. *Bis in idem*. Princípio da especialidade. Tráfico de drogas. Causa de aumento de pena. Emprego de arma. Porte de arma de fogo.

Sumário – Introdução. 1. O conflito aparente de normas penais. 2. A dupla punição nos crimes de tráfico de drogas majorado pelo emprego de arma de fogo e o delito de porte de arma de fogo: uma questão de (des)proporcionalidade. 3. O comportamento da jurisprudência dos tribunais superiores frente aos casos de imputação da causa especial de aumento de pena do art. 40, IV, da Lei de Drogas e do crime de porte de arma de fogo do Estatuto do Desarmamento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a temática do conflito aparente de normas penais e tem por escopo abordar a questão da dupla punição pelo mesmo fato penal, verificado em situações que envolvem a prática do crime de tráfico de drogas, com pena aumentada pelo emprego de arma de fogo (art. 33, c/c art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06), e o delito de porte de arma de fogo – de uso permitido ou uso restrito (arts. 14 e 16, respectivamente, da Lei nº 10.826/03), o que gera verdadeiro *bis in idem*, em clara violação aos princípios da vedação da dupla punição pelo mesmo fato e da consunção.

Nessa esteira, o primeiro capítulo do trabalho aborda o princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato penal – *ne bis in idem* - e o seu *status* de norma constitucional, haja vista tratar-se de norma prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso,



analisa a previsão da vedação à dupla punição no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Trata, ainda, do conflito aparente de normas, considerado a principal consequência dessa dupla imputação. Discute o seu conceito e princípios ou critérios que foram criados pela doutrina para solucionar esses conflitos, especialmente os princípios da consunção/absorção e o princípio da especialidade.

No segundo capítulo, introduz-se a discussão sobre a dupla imputação pelo mesmo fato e o concurso aparente de normas e a sua relação com os crimes de tráfico de drogas com causa de aumento pelo emprego de arma e o delito autônomo de porte de arma. Debate-se a qual a melhor interpretação e qual dos princípios estudados no capítulo anterior melhor se adequam ao caso, privilegiando a isonomia e a proporcionalidade.

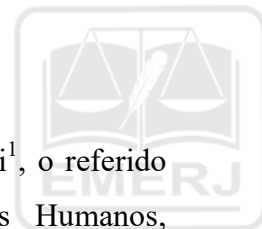
Por fim, o terceiro e último capítulo do artigo traça uma análise a respeito da aplicação do princípio da consunção/absorção na jurisprudência dos tribunais superiores, no que diz respeito à causa de aumento de pena do inciso IV do art. 40 da Lei de Tóxicos e o crime de porte de arma do Estatuto do Desarmamento. Discute-se em quais situações os tribunais reconhecem a existência de crimes autônomos, em concurso material, e as hipóteses em que o porte de arma é considerado crime-meio, de forma a garantir a comercialização do entorpecente.

O presente trabalho desenvolve-se pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o aluno pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o escopo de comprová-las ou refutá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto deste trabalho é necessariamente qualitativa, porquanto o aluno pretende se valer de ampla pesquisa bibliográfica, consulta a artigos científicos disponíveis na internet, além de acesso aos sítios dos tribunais superiores.

1. O CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIS

O sistema jurídico deve ter, em princípio, unidade e coerência para garantir a efetividade do princípio da segurança jurídica. Um dos princípios reitores do Direito Penal brasileiro é o princípio da vedação da dupla incriminação – *ne bis in idem* –, segundo o qual ninguém deve ser



processado e punido duas vezes pela prática do mesmo fato penal. Segundo Nucci¹, o referido princípio está implicitamente previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada por meio do Decreto nº 678/92², e que ingressa no ordenamento jurídico pátrio por força da regra prevista no art. 5º, §2º, da Constituição Federal³.

Segundo Queiroz⁴, a vedação da dupla incriminação também pode ser extraída do art. 14, 7, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, introduzido no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 592/92⁵. Dispõe o art. 14, 7, do Decreto, que “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

Diante das múltiplas dimensões do princípio em comento, o presente trabalho debruçar-se-á sobre a proibição de que um mesmo fato concreto seja subsumido a mais de uma norma penal, dando azo ao que a doutrina denomina de pluralidade ou conflito aparente de leis. Sobre o tema, Cirino⁶ explica que “ao lado da autêntica concorrência material, formal e continuada de fatos puníveis, caracterizada por uma pluralidade real de tipos de injusto, existe uma concorrência aparente de leis penais, caracterizada por uma aparência de pluralidade de tipos de injusto”.

Aprofundando, Prado⁷ assevera que o concurso aparente de leis somente ocorre quando presentes dois pressupostos: unidade de fato e pluralidade de normas, ou seja, pelo menos duas normas penais com potencial aplicabilidade ao caso concreto.

Essa potencial aplicabilidade de duas normas distintas faz surgir uma verdadeira situação de antinomia, definida por Ferraz⁸ como sendo:

[...] a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 168.

² BRASI. *Decreto nº 678*, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 12. out. 2020.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12. out. 2020.

⁴ QUEIROZ, Paulo. *Ne bis in idem*. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/ne-bis-in-idem>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

⁵ BRASIL. *Decreto nº 592*, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 27 abr. 2020.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 411.

⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.217.

⁸ FERRAZ apud DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 19.



É o que ocorre com o caso objeto deste estudo, que analisará o conflito aparente verificado quando ao agente é imputada a causa de aumento pelo emprego de arma de fogo, nos crimes de tráfico (art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06⁹) e o crime de porte de arma de fogo do Estatuto do Desarmamento (artigos 14 e 16 da Lei nº 10.826/03¹⁰). Ou seja, o agente acaba sendo duplamente processado pelo mesmo fato.

Contudo, é preciso deixar claro que a antinomia gerada pelo cenário de pluralidade de leis penais possivelmente aplicáveis a determinado caso concreto é tão somente aparente, pois como ensina Bitencourt¹¹:

Evidentemente que não se trata de conflito efetivo de normas, sob pena de o Direito Penal deixar de constituir um sistema, ordenado e harmônico, onde suas normas se apresentam entre si em relação de dependência e hierarquia, permitindo a aplicação de uma só lei ao caso concreto, excluindo ou absorvendo as demais.

No mesmo sentido, Prado¹² assevera que “não há verdadeiramente concurso ou conflito, mas tão somente *aparência* de concurso, visto que existe transgressão real de apenas uma lei penal, o que dá lugar também a um único delito”.

Jescheck¹³, por seu turno, critica a terminologia concurso de normas, entendendo se tratar de uma designação equivocada, preferindo referir-se ao fenômeno como unidade de leis, eis que somente uma das normas em questão, a lei primária, será aplicada, afastando-se a chamada lei deslocada em razão da adoção das técnicas de hermenêutica.

Em atenção ao princípio da vedação da dupla incriminação – *ne bis in idem* –, a doutrina desenvolveu alguns critérios ou princípios que ajudam o operador do direito a solucionar a antinomia aparente. Com isso, garante-se a aplicação de apenas uma norma penal ao caso concreto, afastando-se as demais.

⁹ BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 10.826*, de 22 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 247.

¹² PRADO, op. cit., p.216.

¹³ JESCHECK apud BITENCOURT, op. cit., p. 247.



Dentre os critérios utilizados para equacionar a pluralidade aparente de leis penais, destaca-se o princípio da especialidade, segundo o qual, na lição de Prado¹⁴, “a lei especial derroga, para o caso concreto, a lei geral”.

Em igual sentido, Bitencourt¹⁵ muito bem observa que:

[...] o princípio da especialidade evita o *bis in idem*, determinando a prevalência da norma especial em comparação com a geral, e pode ser estabelecido *in abstracto*, enquanto os outros princípios exigem o confronto *in concreto* das leis que definem o mesmo fato.

Todavia, não é o princípio da especialidade que melhor se adequa à solução do caso analisado no presente trabalho de pesquisa, sendo necessário recorrer ao princípio da consunção ou absorção. Na lição de Prado¹⁶, “pelo critério, princípio ou relação de consunção, determinado crime é fase de realização de outro ou é uma regular forma de transição para o último – delito progressivo”.

Por outro ângulo, Bitencourt¹⁷ observa que “Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime”.

No capítulo seguinte do trabalho demonstraremos a relação de consunção que existe entre os crimes de porte de arma de fogo e a causa especial de aumento de pena para os crimes de tráfico de drogas, as circunstâncias devem ser aplicadas a regra do concurso material de crimes, e em que situação deve ser reconhecida a absorção de um pelo outro.

2. A DUPLA PUNIÇÃO NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E O DELITO DE PORTE DE ARMA DE FOGO: UMA QUESTÃO DE (DES) PROPORCIONALIDADE

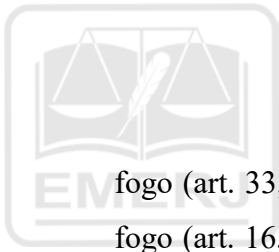
No dia a dia forense, é comum nos depararmos com a situação do sujeito que é preso portando drogas e arma de fogo, e, quando da acusação formal perante o Estado-Juiz, se vê denunciado pelos crimes de tráfico de drogas, com causa de aumento pelo emprego de arma de

¹⁴ PRADO, op. cit., p. 219.

¹⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 248.

¹⁶ PRADO, op. cit., p. 220.

¹⁷ BITENCOURT, op. cit., p. 249.



fogo (art. 33, c/c art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06¹⁸) em concurso material com porte de arma de fogo (art. 16, Lei nº 10.826/03¹⁹). Ou seja, há uma dupla acusação pelo mesmo fato, qual seja, o porte de arma de fogo.

Essa situação acarreta na fixação de penas demasiadamente longas, o que acaba gerando um impacto social severo, à medida em que, quanto mais tempo uma pessoa permanece custodiada em presídios, maior é o gasto do Estado com a manutenção do preso.

Como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, há um conflito de normas que é tão somente aparente, uma vez que o sistema jurídico fora concebido para proporcionar harmonia e coerência entre as diversas normas dos mais variados diplomas. Diante de casos de antinomia, a doutrina elaborou critérios ou princípios que apontam a solução para este eventual conflito.

Nesse contexto, é preciso diferenciar a situação na qual incide a regra do concurso material entre as mencionadas figuras delitivas daquela em que incidirá o princípio da consunção, de modo a evitar o “*bis in idem*”. Essa distinção se revela importante, à medida em que impacta sobremaneira na fixação da pena.

Sim, há um severo agravamento da pena imposta caso seja reconhecido o concurso material de crimes, previsto no art. 69 do Código Penal²⁰. Segundo o dispositivo, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido.

Esse recrudescimento da sanção penal se deve ao sistema do cúmulo material, adotado pelo CP²¹, no qual há um somatório das penas dos diversos delitos cometidos. Segundo Busato²², “a grande crítica que se faz a esse sistema é a possibilidade de se chegar a uma pena demasiado longa, desproporcional, em evidentes prejuízos que pode causar a dessocialização própria do cárcere”.

A título de curiosidade, se for reconhecido o concurso material entre o crime de tráfico de drogas majorado pelo emprego de arma e o delito de porte de arma de fogo, a pena mínima será de 8 (oito) anos; de outra banda, se for reconhecida a absorção do crime de porte de arma

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 09.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 10.

²⁰ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 20.

²² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas. 2020, p. 1278.



pela causa especial de aumento de pena, a reprimenda será fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses, no mínimo, o que seria demasiadamente prejudicial ao réu.

Para melhor compreender a aplicação de uma ou outra regra, cumpre traçar uma comparação entre os tipos penais analisados no presente capítulo. Eis a redação do art. 40, inciso IV, da Lei de Tóxicos²³: “As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] o crime tiver sido cometido com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva”.

A seguir, transcreve-se a redação do art. 16 do Estatuto do Desarmamento²⁴:

Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pela leitura dos dispositivos, verifica-se que a causa especial de aumento de pena da Lei de Tóxicos²⁵ reclama o efetivo emprego de arma de fogo na traficância da droga, como forma de facilitar a empreitada criminosa. Nesse sentido, Brasileiro²⁶ ensina que:

[...] à primeira vista, pode parecer estranho que um crime de tráfico de drogas, cujo bem jurídico tutelado é a saúde pública, seja praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva. Todavia, por força dessa cláusula final constante do art. 40, IV, da Lei de Drogas, depreende-se que a violência, a grave ameaça e arma de fogo são utilizadas pelos traficantes com o objetivo de atingir seus objetivos, intimidando um grupo indeterminado de pessoas ou uma coletividade determinada [...].

Por outro lado, Brasileiro²⁷ leciona que, na conduta de portar arma de fogo, prevista no *caput* do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, não é necessário que o agente mantenha o objeto em suas mãos, bastando, tão somente, que o artefato esteja ao seu alcance, em condições de pronto uso.

Traçada a diferença, é possível perceber que, adotada uma interpretação puramente literal dos dispositivos, a absorção do crime de porte de arma de fogo pelo delito de tráfico de entorpecentes, em detrimento do concurso material, ocorrerá apenas quando o uso da arma estiver

²³ BRASIL, op. cit., nota 09.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 10.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 09.

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1.100.

²⁷ *Ibid.*



diretamente ligado ao comércio ilícito de drogas, isto é, como forma de intimidação difusa ou coletiva, como preconiza o inciso IV do art. 40 da Lei nº 11.343/06.

Essa interpretação vai de encontro à tese defendida por Araújo²⁸ - ponto de vista que endossa esta pesquisa - para quem “a interpretação literal do verbo empregar viola o princípio da proporcionalidade a marteladas”. Isso porque a situação instalaria um verdadeiro paradoxo, em que o traficante que mantém a arma em depósito, ou próxima de si, em condições de pronto uso, estará sujeito a pena maior que aquele que efetivamente emprega a arma de fogo na traficância ilícita de drogas²⁹.

Estefam³⁰ preconiza que,

[...] em sua concepção originária, a proporcionalidade fora “concebida como limite ao poder estatal em face da esfera individual dos particulares; tratava-se de estabelecer uma relação de equilíbrio entre o “meio” e o “fim”, ou seja, entre o objetivo que a norma procurava alcançar e os meios dos quais ela se valia.

Prado³¹ assevera que a proporcionalidade “impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir, aferindo a legitimidade destes últimos [...]”.

Sarlet³², por sua vez, reconhece que há:

[...] uma dupla face do princípio da proporcionalidade, que passa a atuar como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção.

Verifica-se, pela análise de Sarlet³³, que o princípio da proporcionalidade possui como dimensões a vedação da proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente. Sobre a proibição da proteção deficiente, Schlink³⁴ ensina que “a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada

²⁸ ARAÚJO, Vinicius Marcondes de. *Conflito Aparente de Normas Art. 40, IV, da Lei 11.343 e o Estatuto do Desarmamento*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_124.pdf> Acesso em: 01 set. 2020.

²⁹ Ibid.

³⁰ ESTEFAN, André. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 199.

³¹ PRADO, op. cit., p. 139.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 236.

³³ Ibid., p. 237-238.

³⁴ SCHLINK apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 335.



e eficaz, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito”.

Em outra perspectiva, Prado³⁵ observa que: “o princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso”.

Concluindo, Molina³⁶ registra que “o mandato de proporcionalidade implica um juízo lógico ou ponderação que compara, valorativamente, a gravidade do fato antijurídico e a gravidade da pena, a entidade do injusto e a de sua punição”.

Conforme será visto no próximo capítulo, tem prevalecido nos tribunais superiores a interpretação literal do verbo “empregar”, de modo que a absorção do crime de porte de arma do Estatuto do Desarmamento³⁷ está limitada aos casos em que o agente emprega efetivamente a arma de fogo, com a finalidade de intimidação coletiva.

3. O COMPORTAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES FRENTE AOS CASOS DE IMPUTAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, IV, DA LEI DE DROGAS E DO CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

O capítulo anterior analisou o núcleo de cada um dos tipos penais que interessam a este trabalho e destrinchou o princípio da proporcionalidade e seus aspectos. Este capítulo, por sua vez, se debruça sobre o tratamento dado pelos tribunais superiores ao tema objeto do estudo, sem olvidar que a adoção de uma interpretação literal das condutas de empregar e portar arma de fogo conduz a uma evidente desproporcionalidade na aplicação da pena.

Uma das interpretações possíveis é a que privilegia o princípio da especialidade, em detrimento da absorção. Assim, ao acusado que fosse preso traficando drogas e portando arma de fogo seria aplicada a causa de aumento do inciso IV do art. 40 da Lei de Drogas³⁸, afastando-se o concurso de crimes, uma vez que a pretensa lei traz regra que se apresenta especial em relação à norma geral que trata da posse e porte de armas de fogo.

³⁵ PRADO, op. cit., p. 141.

³⁶ MOLINA apud PRADO, op. cit., p. 141.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 10.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 09.



Com isso, o verbo empregar seria interpretado extensivamente para abarcar as condutas de portar, possuir, ter em depósito, etc.

Todavia, não é essa a orientação que prevalece na jurisprudência dos tribunais superiores. À guisa de exemplo, cite-se passagem do voto do Ministro Rogério Schietti Cruz³⁹, que concluiu pela incidência da regra do concurso material, por entender se tratarem de crimes autônomos:

[...] não há como aplicar-se a causa especial de aumento de pena prevista no inciso VI do artigo 40 da Lei n. 11.343/2006 em substituição à condenação pelo crime do artigo 16 da Lei n. 10.826/2003, quando verificado que o delito de tráfico de drogas não foi praticado com o emprego de arma de fogo (caso em que incidiria a majorante em questão), visto que a arma apreendida não estava sendo utilizada como processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do narcotráfico.

Ao que parece, a interpretação construída pelo STJ exige que a intimidação difusa ou coletiva seja expressa, inequívoca, com o que não concorda esta pesquisa. Ora, não há qualquer dúvida de que uma arma de fogo, mesmo não empregada de modo efetivo, serve à garantia do sucesso da traficância.

Da mesma maneira entendeu o Min. Marco Aurélio Bellizze⁴⁰, para quem:

[...] a absorção do crime de porte ou posse de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita. Nesse caso, tratando-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o tráfico de drogas, exige-se o nexó finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico.

Em igual sentido concluiu o Ministro Luiz Fux⁴¹, segundo o qual:

[...] não há como alterar a condenação pela conduta prevista no art. 16, da Lei nº 10.826/03, para a causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06. Isso porque as instâncias ordinárias – soberanas na análise do contexto fático-probatório no caso – concluíram que o Paciente não utilizava a arma

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 261601*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24829802/habeas-corporis-hc-261601-rj-2012-0266104-0-stj/inteiro-teor-24829803>>. Acesso em: 15 set. 2020.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 182359*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16108840/habeas-corporis-hc-182359>>. Acesso em: 15 set. 2020.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 116176*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24117315/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-116176-es-stf/inteiro-teor-111868878>>. Acesso em: 15 set. 2020.

especificamente para auxiliá-lo no exercício da traficância, intimidando possíveis delatores ou usuários, por exemplo, mas praticou delito autônomo.

No caso em que o agente efetivamente emprega a arma de fogo durante a comercialização da droga, parece que não há maiores problemas, dado que a conduta se amolda perfeitamente à causa de aumento de pena prevista no inciso IV do art. 40 da Lei de Drogas⁴². A questão muda de figura quando se depara com o caso do sujeito que comercializa a droga com sua arma de fogo na cintura, escondida por debaixo da blusa.

Nessa hipótese, ao agente serão imputados os dois crimes em concurso material, fazendo com que sua pena seja fixada em patamar substancialmente mais elevado do que se adotado interpretação diversa, em que pese sua conduta seja menos grave e tenha uma reprovabilidade social menor.

Diante de tal cenário, tem razão Araújo⁴³, segundo o qual a solução para o problema está em ampliar a interpretação da expressão “emprego de arma de fogo” prevista no inciso IV do art. 40 da Lei de Tóxicos⁴⁴, a fim de abarcar a situação daquele que comercializa o entorpecente e tem uma arma de fogo ao seu pronto alcance, como acontece na grande maioria dos locais de venda de droga, onde a arma de fogo, a exemplo do que ocorre no Rio de Janeiro, é utilizada geralmente em casos de incursão policial, invasão de quadrilhas rivais, etc.

Isso se deve ao fato de que, ainda que não utilizadas de maneira efetiva e expressa, não há qualquer dúvida que as armas de fogo de que se valem os traficantes se prestam não só a garantir a livre comercialização dos entorpecentes, mas também como meio de assegurar o domínio de território, ou seja, são empregadas para o sucesso da atividade criminosa de uma maneira geral.

O que se propõe, portanto, é que a esses casos seja aplicado o princípio da especialidade, pouco importando se o tráfico foi cometido com uso efetivo ou velado de arma de fogo, de modo a garantir tratamento isonômico e proporcional a casos semelhantes, uma vez que o regramento das armas de fogo no contexto do tráfico de drogas é especial em relação ao Estatuto do Desarmamento⁴⁵.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 09.

⁴³ ARAÚJO, op. cit., nota 28

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 09.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 10.



Entendimento semelhante – aplicação do princípio da especialidade – é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quando se trata de tráfico de drogas que envolva a participação de criança ou adolescente. Nesses casos, o STJ tem aplicado a regra da especialidade da Lei de Drogas⁴⁶ para afastar o crime de corrupção de menores, previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁴⁷

A guisa de curiosidade, transcreve-se trecho do voto do Ministro Sebastião Reis Júnior⁴⁸, relator do Recurso Especial nº 1.622.781:

[...] contudo, entendo não ser possível a dupla imputação, qual seja, a condenação por tráfico com aumento de pena e a condenação por corrupção de menores, uma vez que o agente estaria sendo punido duplamente por conta de uma mesma circunstância, qual seja, a corrupção de menores (...) penso que a solução deve ser encontrada no princípio da especialidade, sendo assim, se a hipótese versar sobre concurso de agentes envolvendo menor de dezoito anos com a prática de qualquer dos crimes tipificados nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, afigura-se juridicamente correta a imputação do delito em questão, com a causa de aumento do art. 40, VI. [...]

Certamente, não é essa a orientação que prevalece nos tribunais estaduais e nos tribunais superiores, que, como visto, somente reconhecem a especialidade da causa de aumento do emprego de arma de fogo, em detrimento do concurso material, quando a arma é utilizada para garantir o sucesso da atividade ilícita.

CONCLUSÃO

O presente trabalho debruçou-se sobre uma antiga divergência quanto à correta aplicação da lei penal no que diz respeito a dois crimes que são, basicamente, os carros-chefes dos juízos criminais de todo o país, quais sejam, o crime de tráfico de drogas, com causa de aumento pelo emprego de arma de fogo, e o crime de porte de arma de fogo.

Verificou-se que a ausência de proporcionalidade na interpretação construída pelos tribunais superiores conduz ao estabelecimento de uma pena mais grave àquele que, por exemplo, não ostentava sua arma de fogo durante a comercialização da droga, mas a tinha por perto, em

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 09.

⁴⁷ BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.666.781*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863289947/recurso-especial-resp-1622781-mt-2016-0226752-0/inteiro-teor-863289957?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 out. 2020.



condições de pronto uso, em comparação àquele que efetivamente emprega a arma na atividade criminosa, e, em consequência, oferece mais riscos à sociedade.

Destacou-se que essa contradição hermenêutica acarreta na dupla imputação – *bis in idem* - pelo mesmo fato, o que é vedado pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592 de 1992, o que resulta na fixação de penas privativas de liberdade demasiadamente longas e gera severos impactos sociais.

Demonstrou-se a falta de critérios do STJ na aplicação do princípio da especialidade, que o reconhece quando se trata de corrupção de menores, mas o afasta quando há o porte de arma de fogo, gerando uma sanção penal maior. Ao que parece, a distinção de tratamento em casos juridicamente semelhantes revela a escolha por um tratamento mais duro ao traficante, visto cada vez mais como um terrorista aos olhos da sociedade.

Desse modo, conclui-se que o mais adequado seria ampliar a interpretação da causa de aumento de pena do inciso IV do art. 40 da Lei 11.343/06, de modo a abranger não apenas aquele que efetivamente emprega a arma de fogo na atividade criminosa, mas também aquele que porta de modo não ostensivo, fazendo incidir o princípio/regra da especialidade, uma vez que a referida majorante, prevista na Lei de Drogas, revela-se especial em relação ao Estatuto do Desarmamento, que é a norma geral sobre os crimes que envolvem porte de arma.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Vinícius Marcondes de. *Conflito aparente de Normas Art. 40, IV, da Lei 11.343 e o Estatuto do Desarmamento*. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16041887.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. *Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.



_____. *Decreto n° 678*, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. *Lei n° 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. *Lei n° 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. *Lei n° 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 261601*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24829802/habeas-corpus-hc-261601-rj-2012-0266104-0-stj/inteiro-teor-24829803>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 182359*. Relator: Ministro Marco Aurelio Bellizze. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16108840/habeas-corpus-hc-182359>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.666.781*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863289947/recurso-especial-resp-1622781-mt-2016-0226752-0/inteiro-teor-863289957?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC n° 116176*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24117315/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-116176-es-stf/inteiro-teor-111868878>. Acesso em: 15 set. 2020.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. V. 1. São Paulo: Atlas, 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.


ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 1. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo. *Ne bis in idem*. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/ne-bis-in-idem/>. Acesso em: 04 out. 2020.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.



AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UM INSTITUTO DE INOVAÇÃO E GARANTIAS

Fernanda Aristides Carleti

Graduada pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Advogada.

Resumo – o presente artigo científico destina-se à análise do instituto garantidor de direitos humanos da audiência de custódia. Assim, tal instituto foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, desvendando os traços em que se encontrava o sistema penitenciário do país. No cenário crescente das prisões, inclusive, provisórias, situa-se a admissão nacional do Estado de Coisas Inconstitucional em que se encontra o sistema prisional pátrio. Neste sentido, observa-se o avanço legislativo, desde uma perspectiva global até a aprovação do chamado Pacote Anticrime, que consagrou a apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária no menor tempo possível. Avançando para as medidas implementadas no país, culmina-se na apuração do resultado efetivo.

Palavras-chave – Direitos Humanos. Direito Processual Penal. Audiência de Custódia.

Sumário – Introdução. 1. Contexto da audiência de custódia no ordenamento pátrio. 2. Adoção de diversas medidas para combate à ‘situação inconstitucional’. 3. Efetividade da medida implementada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O contexto prisional de um país diz muito sobre seu povo, sobre sua cultura e sobre os valores sociais prestigiados por suas políticas públicas. A população carcerária no Brasil é uma das maiores do globo. O tratamento dispensado às pessoas presas pelas polícias militares de todo o país sempre se mostrou uma pauta, antes, durante e após períodos ditatoriais. O contexto histórico culminou numa crescente superlotação do sistema penitenciário. Contudo, o estado de coisas desse sistema, a ausência estatal nas penitenciárias e a patente falta de perspectiva imposta à pessoa presa trouxe à sociedade o indigesto dever de repensar as prisões.

Nesta esteira, analisando-se o *iter* processual, apurou-se a necessidade de apresentar a pessoa presa à autoridade judiciária no menor tempo possível, para não apenas garantir a lisura do procedimento flagrantial, mas a incolumidade do sujeito detido. Portanto, a audiência de custódia tem como objetivo averiguar os fundamentos da prisão preventiva, bem como garantir os direitos fundamentais do preso. Percebe-se, que a violência policial é prática contumaz perante a sociedade.

O instituto, ao ser posto em prática, garantiu a incolumidade do preso, uma vez que houve o crescimento número de denúncias contra tortura e maus tratos, além do aumento



significativo de concessão da liberdade provisória para as pessoas presas em flagrante e levadas à autoridade judiciária.

Nota-se que, apesar da audiência de custódia ser considerada um instituto novo no Direito Brasileiro, a efetividade dessa medida é apresentada pelo próprio Conselho Nacional da Justiça em dados e gráficos. Percebe-se, assim, que levar o detento ao Poder Judiciário antes mesmo de decidir por qualquer medida evita a protelação dessa pessoa no cárcere, averigua a tortura, a legalidade da medida, a economia do capital utilizado pelo Estado e principalmente, a prisão desnecessária.

O presente artigo busca mostrar a efetividade do instituto, sendo que, o primeiro capítulo apresenta o contexto em que a audiência de custódia nasceu no ordenamento pátrio, e quais foram os motivos fundamentais para a importação do instituto.

No segundo capítulo, utiliza-se do termo trazido pelo professor Daniel Sarmiento ao apresentar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 perante o Supremo Tribunal Federal, que é o Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido no sistema carcerário. Em tal Estado há necessariamente uma violação generalizada em relação aos direitos fundamentais, causada pela incapacidade das autoridades públicas lidarem com aquele conflito, assumindo uma postura de inércia reiterada, sendo possível sanar apenas com mudanças estruturais no Poder Público e uma atuação conjunta das instituições.

Por fim, o terceiro capítulo trata sobre a efetividade da audiência de custódia como uma das ferramentas para alterar o Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme os dados do Conselho Nacional da Justiça.

Este artigo científico é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo, em que o objeto da pesquisa será analisado conforme axiomas hipotéticos. Nessa esteira, a pesquisa é quantitativa, uma vez que possui como base as legislações esparsas, bem como dados de autoridades públicas sobre a efetividade da medida adotada.

1. CONTEXTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Em 2009, foi instaurada a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário, cuja frase inicial do relatório¹ foi: “se quiseres conhecer a situação socioeconômica do país, visite os porões de seus presídios”, de autoria de Nelson Mandela.

¹BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpi-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.



Ao fim dessa Comissão Parlamentar de Inquérito², foi constatado, após visitas em dezoito estados brasileiros, o “Inferno Carcerário”. Esta nomenclatura se deu em razão da criminalidade crescente, da superlotação carcerária, da estrutura precária e das organizações criminosas que comandavam o sistema prisional. Em um desses presídios, que não teve o nome divulgado, havia os seguintes dizeres³: “nós da família PCC e PCMS desejamos a todos um feliz natal e um feliz ano novo”.

Por conseguinte, diante dessa ausência estatal, a conclusão do relatório foi a seguinte⁴:

[...] o déficit de vagas é uma realidade preocupante. A taxa de ocupação de 161%, por exemplo, significa que, a cada 10 vagas existentes no sistema, existem aproximadamente 16 indivíduos encarcerados. (...) O número de pessoas privadas de liberdade sem condenação (presos provisórios), que correspondem a cerca de 41% da população carcerária brasileira. (...) A maioria das pessoas encarceradas no Brasil foi presa pela prática do crime de tráfico de drogas apenas 16% da população prisional do país trabalham, e somente 11% estudam. Esses dados, por si sós, já demonstram que o Sistema Carcerário Brasileiro clama por melhorias urgentes, sem as quais entrará, certamente, em colapso [...].

Nesse contexto, em 2015 o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347⁵, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL.

A razão de se utilizar a referida ação para controle abstrato de constitucionalidade se deu em razão de seu caráter subsidiário, quando determinada lei não pode ser questionada por meio da Ação Direta de Constitucionalidade.

A ADPF nº 347, intitulada “INFERNO: Sistema prisional, a constituição e o papel do STF”, cita decisões da Corte Interamericana nos seus relatórios afetados ao Brasil e explicita de forma resumida a conclusão da CPI do Sistema Prisional.

Entretanto, esse drama carcerário não é novidade para as autoridades, até porque a mídia⁶ divulga constantemente a situação de presídios, principalmente quando há rebeliões;

²Ibid.

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>> Acesso em: 04 mai. 2020.

⁴BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro*. Relatório final. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2017/01/relatorio-cpi-sistema-carcerario-camara-ago2015.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶LIMA, Vanessa Figueiredo. *Mídia e Encarceramento*. Disponível em: <<http://www.prises2017.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic2?q=YToyOntzOjY6InBhemFtcyI7czozNDoiYToxMSI7fSI7czoxOiJoJtzojMyOiJkN2I2NTkzOGNjYzhmMWlyZmIwZTgzMmRlMTM0ZmZmMSI7fQ%3D%3D>>. Acesso em: 12 fev. 2021.



fatos recorrentes no Brasil, em muitos estabelecimentos prisionais. O que realmente fez com que essa realidade fosse levada à Corte Suprema, por meio da ADPF nº 347, foi o crescente número de pessoas presas nos últimos anos, detidas em estabelecimentos prisionais precários.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias⁷ (INFOPEN), há 773.151 pessoas privadas de liberdade, relatório divulgado em fevereiro deste ano. Sendo que esse quadro é agravado pelo “abuso do uso” das prisões provisórias, principalmente porque os direitos fundamentais dessas pessoas não são respeitados. Na maioria das vezes, quando o direito pátrio não soluciona as controvérsias geradas no próprio país, se faz necessário buscar no direito comparado institutos considerados eficazes na pacificação social para ser implementado no país. Então, com a comparação de outros países estrangeiros, fica claro que a situação carcerária brasileira possui uma grave falha na política pública, que é condizente com a situação posta e, por isso a necessidade da visão macro para, então, solucionar esse quadro.

Percebe-se que experiências exteriores podem representar socorro, e, dessa forma, um dos argumentos explicitados foi a necessidade do Supremo Tribunal Federal declarar o Estado de Coisas Inconstitucional. Após essa declaração, há a formação do litígio estrutural, em que o Estado como um todo fica responsável por aplicar medidas efetivas, coordenadas, afeta a todos os Poderes.

O termo Estado de Coisas Inconstitucional é oriundo da Corte Colombiana⁸, quando identifica a falência em um determinado sistema que lesiona direitos fundamentais dos cidadãos. A Colômbia se utiliza da declaração, pois, após identificar o Estado de Coisas Inconstitucional, segue-se um plano de medidas efetivas para que o aparato estatal trabalhe de forma conjunta em prol do afastamento desta situação de calamidade.

E, no caso, cabe ressaltar que essa situação ‘inconstitucional’ envolve um grande número de indivíduos afetados e omissões generalizadas por parte do Governo, além de uma violação massiva e grave de direitos fundamentais.

⁷BRASIL. Governo do Brasil. *Dados sobre a população carcerária do Brasil são atualizados*. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

⁸GUIMARÃES, Mariana Rezende. *O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana*. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEWjN0YTJ_eTuAhWhHrkGHWthCOYQFjABegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fescola.mpu.mp.br%2Fpublicacoes%2Fboletim-cientifico%2Fedicoes-do-boletim%2Fboletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017%2Fo-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana%2Fdownload%2Ffile&usg=AOvVaw34lQPx8kRBRfee1OGR62Ds>. Acesso em: 15 mai. 2020.



Ao ser declarado o Estado de Coisas Inconstitucional, é necessário um papel mais ativo da corte e do trabalho em conjunto dos Poderes Públicos, por isso apenas em contextos muito específicos⁹ há essa declaração. Carlos de Alexandre de Azevedo Campos¹⁰ cita quatro requisitos necessários que essa situação seja reconhecida, quais são:

- [...] a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas;
- b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos;
- b) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e
- d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário [...].

Percebeu-se que a hipótese no Brasil preenchia todos os requisitos elencados e, no caso, a ADPF nº 347 expôs de uma maneira sistematizada a falência do sistema prisional e seu número crescente de forma exponencial, bem como uma série de medidas que poderiam contribuir para solucionar a ‘situação inconstitucional’. Citou-se, ainda, precedentes internacionais e as suas devidas soluções, no caso concreto¹¹:

[...] em 2011, a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Brown v. Plata*³², em que manteve decisão proferida por corte da Califórnia, que determinara a soltura de 46 mil prisioneiros de menor periculosidade, em razão da crônica superlotação dos presídios daquele Estado.

Na Argentina, também houve a adoção de técnica similar, em caso atinente aos direitos fundamentais dos presos. No conhecido “caso *Verbitsky*”, um *habeas corpus* coletivo foi impetrado a favor de todas as pessoas privadas de liberdade na província de Buenos Aires que estavam detidas em estabelecimentos policiais superlotados.

Na Itália, no caso *Torregiani e outros v. Itália*³⁶, julgado em 2013. Diante da superlotação dos presídios italianos, que atingia à época o índice nacional de 151%, a Corte concedeu o prazo de um ano para que as autoridades responsáveis implementassem um ou mais remédios visando à correção do problema. A Itália adotou diversas medidas nesta linha, com bastante sucesso, tais como a ampliação das penas alternativas e das hipóteses de prisão domiciliar, e a criação de mecanismo para a redução da pena daqueles que a viessem cumprindo em condições degradantes [...].

⁹Ibid.

¹⁰CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 134-138.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na ADPF nº 347*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 15 mai. 2020.



No Brasil, a situação posta é de calamidade¹², pois além da superlotação carcerária crescer demasiadamente, há, ainda, uma demora excessiva para os julgamentos dos institutos da Lei de Execução Penal, além do uso excessivo de prisão processual e, somando-se a isso, a falta de criação de novos presídios. Por essa razão, um dos argumentos aduzidos foi a necessidade de uma atuação conjunta entre os Poderes que compõem o aparato estatal, após o reconhecimento desse litígio estrutural¹³:

[...] nos litígios estruturais, que compõem a essência do estado de coisas inconstitucional, são os Poderes Legislativo e Executivo que possuem as ferramentas institucionais apropriada para tocar as políticas públicas, embora, por razões diversas, não as estejam utilizando ou, ao menos, não eficazmente. Daí a necessidade de cortes, do ponto de vista pragmático, e não só democrático, determinarem a formulação e a implementação de políticas públicas sem abrir mão do potencial institucional dos outros poderes. Como alcançar esta fórmula dialógica, de participação conjunta e coordenada em litígios estruturais? (...) Tradicionalmente, juízes proferem decisões contendo ordens muito detalhadas e rígidas, sujeitas à execução forçada se não cumpridas. (...) Decisões da espécie merecem críticas, porque, embora juízes tenham a capacidade de realizar desbloqueios políticos e institucionais, carecem da expertise e informações necessárias para detalhar o conteúdo das decisões políticas públicas [...].

Assim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 2015, o Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Prisional, por meio da ADPF nº 347. Posteriormente, foram suscitadas medidas para abrandar o agravamento da situação social posta, seja em relação ao Executivo, com o repasse do fundo penitenciário para os Estados, na esfera do Congresso Nacional, a crítica quanto às chamadas legislações simbólicas, frutos do clamor social para o agravamento das penas como forma de reduzir a criminalidade, sem nada alterar nas Políticas Públicas.

E, ainda, ao sistema judiciário, no que concerne à adoção de medidas em concreto estipuladas no Pacto dos Direitos Civis, art. 9.3, e da Convenção Americana¹⁴, art. 7.5, na qual o Brasil é signatário desde 1992, tendo, por conseguinte *status* de supralegal:

[...] 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.¹⁵

¹²Ibid.

¹³Ibid.

¹⁴BRASIL. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹⁵ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 3 set. 2020.



9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença [...].

É necessário enfatizar que quase metade da população encarcerada espera julgamento, de forma que 41% dos presos são provisórios e desses, 37%¹⁶ ao final do processo não são condenados à pena privativa de liberdade.

2. ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA COMBATE À ‘SITUAÇÃO INCONSTITUCIONAL’

Algumas medidas são consideradas exportadas para solucionar a situação inconstitucional reconhecida pela Corte Suprema, dessas, alguns planos elaborados e vigiados pelo Poder Judiciário são considerados eficazes, como a reforma e criação de novos presídios, a separação de presos e a duração razoável do processo do indiciado. Além dessas, a audiência de custódia, mesmo considerada embrionária no ordenamento pátrio, serve como forma de garantir a não banalização das prisões processuais¹⁷.

O instituto audiência de custódia consiste na apresentação do preso imediatamente à autoridade judiciária para verificar a legalidade da prisão e a apuração de atos de tortura. Principalmente, porque o Brasil é um país onde a tortura já foi considerada um método investigativo.

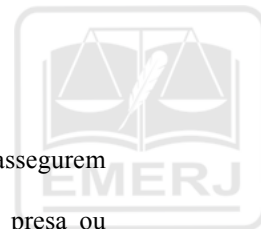
Entretanto, a intenção do instituto audiência de custódia não é para ser uma audiência de soltura, está prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos e teve a sua adesão em 25 de setembro de 1992, bem como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos¹⁸ (Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992):

[...] art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que

¹⁶BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicacao-de-penas-e-medidas-alternativas>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹⁷CORREIA JÚNIOR, Roberto Carlos Veríssimo. *Realização da Audiência de Custódia Como Garantia da Observância Dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/realizacao-da-audiencia-de-custodia-como-garantia-da-observancia-dos-principios-constitucionais-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa/>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹⁸BRASIL. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 mai. 2020.



prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo [...];

[...] art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença[...].”

A aplicabilidade dos Tratados Internacionais no Ordenamento Pátrio, conforme o Ministro Gilmar Mendes em decisão que envolvia matérias reguladas em ordenamentos ratificados pelo Brasil, determinou¹⁹:

[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. (...) Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira — porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo art. 5º, § 3º, da CF/1988 [...].

Anteriormente, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em dezembro de 2015, publicou a resolução 213²⁰, que considerava o contexto social e determinava a implementação da audiência de custódia. Atualmente, o pacote anticrime, aprovado em 24 de dezembro de 2019, a Lei nº 13.964/2019²¹ estabelece expressamente a obrigatoriedade de observar o instituto:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 466.343*. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268&termo=>>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

²⁰BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213*, de 14 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-audiencias-custodia-cnj.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

²¹BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 15 mai. 2020.



§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva [...].

Salienta-se que, apesar da historicidade das legislações para adoção da prática da audiência no momento do flagrante delito, o ato tem o intuito de proteger, guardar os direitos fundamentais do preso, servindo para verificar a legalidade da prisão e se foram cometidos atos de abuso de autoridade. Desta maneira, busca-se evitar prisões ilegais e desnecessárias, e prevenir a tortura.

O cerne do instrumento é auferir a necessidade da prisão ou se outra medida cautelar poderia ser aplicada no caso concreto, ou seja, se a pessoa presa em flagrante poderá responder em liberdade ou não. Além disso, o instituto também se dispõe a respeitar o princípio da pessoalidade, até porque, antes da criação desta audiência, o acusado apenas teria contato com o magistrado na audiência de instrução; e com a reforma de 2008, o seu interrogatório passou a ser o último ato processual, antes da sentença.

Então, se o interrogatório do réu, sendo o primeiro ato processual, atingia a defesa, que não poderia ser mais robusta, pois se manifestava antes da acusação; por outro lado, com a reforma do Código de Processo Penal em 2008, o interrogatório, sendo o último ato processual, atingia o próprio preso, no que diz respeito à possibilidade de ter sua prisão revista, e a liberdade, deferida (artigo 400, *caput*, do Código de Processo Penal²²).

Principalmente, porque há potencial oportunidade da liberdade provisória ser concedida ao réu após sua oitiva e, na maioria das vezes, a chegada até este momento processual levava anos, isto é, até o preso poder se manifestar no processo e ser levado ao encontro da autoridade judiciária. Desta forma, a audiência de custódia também tem o intuito de permitir ao capturado poder se manifestar²³ sobre a prisão ocorrida há pouco tempo, no máximo, em 24 horas, permitindo ao magistrado decidir não apenas com base no auto de prisão em flagrante, elaborado unilateralmente pela autoridade policial, mas levando em conta a versão da pessoa presa.

²²BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2020.

²³DIZER O DIREITO. *Resolução 221/2020-CNMP: dispõe sobre a atuação do membro do Ministério Público nas audiências de custódia*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2020/11/resolucao-2212020-cnmp-dispoe-sobre.html>>. Acesso em: 20 nov. 2020.



São vários os princípios constitucionais que embasam o instituto da audiência de custódia: princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, da ampla defesa e do contraditório, da pessoalidade. Essa audiência, na verdade, serve como mecanismo de um processo constitucional e democrático que analisa a necessidade da prisão cautelar pelo magistrado.

Assim, é necessário pontuar os limites cognitivos da audiência, em que a autoridade judicial deverá “indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão”²⁴ (art. 8.º, inc. V) e “abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante”²⁵ (inc. VIII). Entretanto, o contraditório e a ampla defesa na fase inquisitorial ocorrem de modo diferido, e não no momento *incontinenti* de realização dos atos. O ordenamento dispõe de contraditório na fase processual, mas não na fase investigatória, e ainda que a Lei nº 13.964/2019²⁶ imponha o sistema acusatório para reger o processo penal, prevalece o sistema inquisitório no momento da investigação. O dispositivo em questão alçado pela lei supracitada, está suspenso pelo Ministro Luiz Fux, por prazo indeterminado, após conceder o pleito autoral sustentado pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB na ADI 6298/DF²⁷:

[...] art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) [...]

É importante consignar que na mesma Ação Direta de Inconstitucionalidade foi suspenso o relaxamento obrigatório caso a prisão em flagrante não fosse apreciada em 24 horas, como impõe o artigo 310, parágrafo 4º do Código de Processo Penal, e não a obrigatoriedade da audiência de custódia que continua em vigor²⁸:

[...] art. 310, § 4º. Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva [...].

²⁴BRASIL, op. cit., nota 21.

²⁵Ibid.

²⁶Ibid.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6.298. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2020.

²⁸Ibid.



O Ministro considerou “motivação idônea” um termo muito abstrato para excepcionar a ilegalidade da prisão, em suas próprias palavras²⁹:

[...] não se desconsidera a importância do instituto da audiência de custódia para o sistema acusatório penal. No entanto, o dispositivo impugnado fixa consequência jurídica desarrazoada para a não realização da audiência de custódia, consistente na ilegalidade da prisão [...].

Em síntese, a inobservância do prazo de 24 horas não culminará na automática revogação da prisão em flagrante. Por outro lado, a previsão inicial do texto denota a importância da brevíssima apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária sob pena de nulidade.

3. EFETIVIDADE DA MEDIDA IMPLEMENTADA

Nesta esteira, é importante exaltar a efetividade da medida audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, ou, minimamente, as alterações político-sociais trazidas com sua implementação, ainda em ascendência no país, cujas proporções continentais levam a características diversas e desiguais.

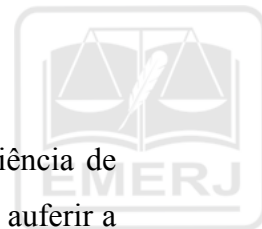
O Conselho Nacional de Justiça atualizou, no dia 04.05.2020 às 6h43min, o gráfico disponível em que demonstra os impactos da medida em estudo. A estatística constata que no total de 724.173 audiências, 291.191 presos em flagrante tiveram a liberdade provisória concedida; mais de 40.750 relataram tortura e maus tratos, além de 28.087 serem determinados à prestação de serviço social. Conforme gráfico disponibilizado pelo site do Conselho Nacional da Justiça³⁰.

Assim, com base do documento disponibilizado pelo CNJ, a audiência de custódia foi efetiva sobre o combate à banalização de prisões processuais de forma automática, pois reduziu de maneira considerável o encarceramento ilegal ou desnecessário. Pode se verificar, ainda, a presença da prática da tortura na realidade brasileira, o que é necessário combater para a restauração dos direitos do preso e prevalectimento da legalidade da pena.

Entretanto, o instituto comporta desafios, principalmente na realização. Há Estados da Federação em que há a realização da audiência com a presença dos policiais responsáveis pela prisão na sala, o que inibe o capturado/detento a expor maus tratos. Por outro lado, ainda

²⁹Ibid.

³⁰BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Disponível em: <<https://pa.ineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=currsel>>. Acesso em: 04 mai. 2020.



que a audiência de custódia não tenha o intuito de realizar o contraditório da audiência de instrução, até porque, como citado, é uma fase inquisitorial, nesta ocasião é possível auferir a legalidade da prisão e prevenir casos de tortura, bem como reportá-los às autoridades, oficiando polícias e requisitando perícias diversas.

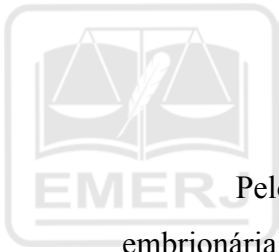
Assim, caso o instrumento da audiência de custódia seja adotado por vídeo conferência, infere-se que é destituído o propósito da medida, uma vez que os magistrados não estarão presencialmente com o indiciado preso em flagrante e impossibilitados de auferir mais casos de tortura. Entretanto, de acordo com o CNJ a medida tem dado certo, conforme os dados apontados na tabela, motivo pelo qual, mesmo com a resistência parcial do Judiciário por demandar um trabalho além do costumeiro, a medida se mostra extremamente efetiva pelo que propõe.

CONCLUSÃO

À vista do exposto, o cenário político-social brasileiro evoluiu, por assim dizer, para uma necessidade compulsória de instalação da audiência de custódia. A superlotação carcerária e o esvaziamento do poder do Estado neste local emergiram uma inconstitucionalidade irretratável em instituições administradas pelo Poder Público, o que denota verdadeira transgressão das próprias leis e a ilegalidade das medidas adotadas. Nesse contexto de falência dos direitos fundamentais condizentes com a inércia das autoridades, a audiência de custódia se mostrou uma medida impositiva no Brasil, embora o instituto venha sendo discutido e aplicado de modo global, desde a década de 90.

Em outras palavras, a implementação da audiência de custódia no Brasil não se trata de uma inovação legislativa de direitos humanos, mas tão somente uma reparação social para o estado de calamidade já bem reconhecido por nossas autoridades, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal. Já os números do Conselho Nacional de Justiça demonstram que a audiência de custódia vem se mostrando efetiva no combate à banalização de prisões processuais de forma automática, pois reduziu de maneira considerável o encarceramento ilegal ou desnecessário.

No mesmo sentido, a implementação desta audiência se mostra como um incentivo às polícias, civil e militar, para manter o auto de prisão em flagrante dentro das conformidades legais e constitucionais, ainda que com a exclusiva finalidade de se evitar a suscitação de nulidades no decorrer do processo.



Pelo exposto, a pesquisa realizada revelou que o instituto está em sua fase embrionária, por melhores que sejam as consequências sociais e processuais observadas com sua implementação. Isso porque, sendo o Brasil um país de dimensões continentais e extensas desigualdades sociais, é necessário firmar a audiência de custódia enquanto política pública e consolidar sua presença em todos os estados da Federação.

Nessa esteira, apesar de ser considerado um grande avanço como medida efetiva para combater o Estado de Coisas Inconstitucional, são necessários alguns ajustes para que a audiência de custódia venha a se tornar obrigatória, principalmente no que tange à necessidade de coibir a violência policial, prática contumaz em um país que há 30 anos vem se consolidando como democracia, mas que ainda carrega algumas práticas dos regimes ditatoriais.

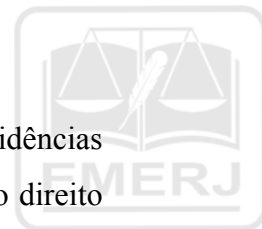
A liberdade de expressão, a incolumidade do preso, o poder de voz perante o Poder Judiciário, são direitos extremamente caros para a América do Sul como um todo, tanto que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já expôs algumas opiniões consultivas que demonstram a sua preocupação com o sistema carcerário. Além do mais, em uma visão global, outros casos assombraram o Poder Judiciário na busca de solução perante a superlotação carcerária, como o caso *Brown v. Plata* na Califórnia, caso *Verbitsky* na província de Buenos Aires, localizada na Argentina, e o caso *Torregiani e outros v. Itália* para decidir também a falência prisional dos italianos.

Neste íterim e influenciado pelas autoridades internacionais é que a audiência de custódia se mostra como ferramenta eficaz para coibir prisões desnecessárias e violência policial.

Além do mais, a própria situação do Brasil alerta às autoridades uma situação insustentável, em que pessoas passam anos na prisão para no momento da sentença serem consideradas inocentes ou até mesmo ter como pena um regime brando, em que o cárcere e todo o estigma provocado no sujeito se mostram desnecessários.

A prisão temporária e a prisão preventiva, são medidas de caráter excepcional, entretanto, por serem banalizadas e principalmente pelo rol ser de ampla interpretação, pessoas que seriam presas ao final do processo se mantêm no cárcere até o momento do julgamento.

Desse modo, há uma série de diligências que influenciam na situação de coisa inconstitucional enfrentada pelo país, a banalização das medidas excepcionais com as prisões processuais é uma delas, além da inércia do Poder Executivo em relação à política pública em prol da ressocialização do preso.



Há ainda, a ausência do Poder Legislativo em criar leis que realizem providências eficazes. O Congresso Nacional se manifesta em relação a situação do cárcere com o direito penal simbólico, em que após um fato trágico aumenta-se o rigor da pena daquele crime praticado. Entretanto, permanece na inércia e muitas vezes produz contraste na punição, em que o crime contra a vida tem um valor menor que um crime contra o patrimônio.

Assim, se faz necessário como forma de solucionar a situação inconstitucional posta, a necessidade do trabalho em conjunto por todas as instituições em prol de medidas que afetam a superlotação carcerária, e a audiência de custódia é uma delas, que como exposto eficaz naquilo que se propõe e pelo o que realiza.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpi-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro*. Relatório final. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2017/01/relatorio-cpi-sistema-carcerario-camara-ago2015.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213*, de 14 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-audiencias-custodia-cnj.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Disponível em: <<https://paineanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=currsel>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Painéis CNJ*. Disponível em <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shSISTAC>. Acesso em: 4 mai. 2020.

_____. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Governo do Brasil. *Dados sobre a população carcerária do Brasil são atualizados*. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>>. Acesso em: 15 mai. 2020.



_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. Presidência Da República Federativa Do Brasil. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicao-de-penas-e-medidas-alternativas>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6.298*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf>. Acesso em: 4. mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na ADPF nº 347*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 466.343*. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268&termo=>>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. *Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-audiencias-custodia-cnj.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2020.

CORREIA JÚNIOR, Roberto Carlos Veríssimo. *Realização da Audiência de Custódia Como Garantia da Observância Dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/realizacao-da-audiencia-de-custodia-como-garantia-da-observancia-dos-principios-constitucionais-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa/>>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

DIZER O DIREITO. *Resolução 221/2020-CNMP: dispõe sobre a atuação do membro do Ministério Público nas audiências de custódia*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2020/11/resolucao-2212020-cnmp-dispoe-sobre.html>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. *O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana*. Disponível em: <[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjN0YTJ_eTuAhWhHrkGHWthCOYQFjABegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fescola.mpu.mp.br%2Fpublicacoes%2Fboletim-cientifico%2Fedicoes-do-boletim%2Fboletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017%2Fo-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana%2Fat_download%2Ffile&usg=AOvVaw34lQPx8kRBRfee1OGR62Ds](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjN0YTJ_eTuAhWhHrkGHWthCOYQFjABegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fescola.mpu.mp.br%2Fpublicacoes%2Fboletim-cientifico%2Fedicoes-do-boletim%2Fboletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017%2Fo-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana%2Fat_download%2Ffile&usg=AOvVaw34lQPx8kRBRfee1OGR62Ds>)>. Acesso em: 15 mai. 2020.

LIMA, Vanessa Figueiredo. *Mídia e Encarceramento*. Disponível em: <<http://www.prisoos2017.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic2?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czoZNDoiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSVZPIjtzOjM6IjMzMSI7fSI7czoX>>



OiJoIjtzOjMyOiJkN2I2NTkzOGNjYzhhMWIyZmIwZTgzMmRlMTM0ZmZmMSI7fQ%3D%3D>. Acesso em: 12 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 3 set. 2020.



O DIREITO DO RÉU A UM JULGAMENTO IMPARCIAL: OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NA BUSCA DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Fillipe Azeredo Ribeiro

Graduado pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – com a deflagração da ação penal, surge a necessidade de elucidação da autoria e materialidade do delito, utilizando-se o magistrado do princípio da busca da verdade real para alcançar o objetivo almejado no processo. Com a aplicação desse princípio, fundamentado em dispositivos de cunho inquisitorial presentes no Código de Processo Penal, a imparcialidade do julgador e o princípio da paridade de armas restam prejudicados, contrariando os princípios constitucionais que devem reger o procedimento criminal. De igual maneira, a prevalência do sistema (neo)inquisitório no processo penal brasileiro, dando excessivos poderes instrutórios ao juiz, acaba por criar brechas para uma politização e banalização da justiça penal no país. O presente artigo busca analisar de maneira crítica, as implicações decorrentes da aplicação de dispositivos de cunho inquisitivo no processo penal, e como estes interferem na imparcialidade do órgão julgador e na lisura do processo criminal, evidenciando a necessidade de uma reforma legislativa.

Palavras-chave – Princípio da busca da verdade real. Princípio do juiz imparcial. Princípio do juiz natural. Sistema inquisitório. Sistema acusatório. Sistema misto. Teoria da prova.

Sumário – Introdução. 1. O mito da busca da verdade real *versus* o princípio do juiz imparcial. 2. A (im)possibilidade de cooperação entre órgão acusatório e juízo responsável pelo julgamento da ação. 3. O princípio inquisitorial como legitimador da politização do processo penal brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute os limites da atuação do Juiz no processo penal, analisando até que ponto pode haver atuação por parte do magistrado, a fim de que seja alcançada a verdade real dos fatos. O objetivo é demonstrar que a busca pela verdade real é um mito no processo penal, e sua busca a qualquer custo acaba por implicar em ofensa ao princípio do juiz imparcial.

Assim sendo, abordam-se entendimentos doutrinários à luz de precedentes jurisprudenciais acerca do tema, a fim de discutir se o contato entre órgão acusador e o magistrado responsável pelo julgamento do feito deve ser visto como algo natural ou não, uma vez que não é vedada a incomunicabilidade do juiz com as parte do processo. Analisa-se também se este contato representaria uma busca a qualquer custo pela condenação do réu, e consequentemente, uma ofensa ao princípio da paridade de armas no processo penal.



A partir de uma leitura constitucional e principiológica, depreende-se que quanto aos procedimentos, a legislação processual penal deve ser regida pelo sistema acusatório, ainda que não seja em sua forma pura. A partir disto, surgem algumas indagações: O sistema adotado de fato pela legislação processual penal se mostra suficiente para impedir a politização do processo? Essa politização se revela legitimada pela presença de diversos dispositivos de cunho inquisitorial no Código de Processo Penal?

Esta temática se revela controvertida na doutrina e na jurisprudência, devendo ser melhor aprofundada, uma vez que se mostra perigosa a existência de qualquer brecha na legislação que possa permitir interferências externas no órgão julgador, a quem incumbe prezar pela imparcialidade e proporcionar um julgamento justo para o réu.

A fim de elucidar a questão a ser tratada no presente artigo, interpreta-se a aplicação do princípio do juiz imparcial em conjunto com o princípio da busca da verdade real no processo penal, sendo analisado qual deve prevalecer na hipótese de conflito entre eles. Tem como objetivo, ainda, trazer para o debate a questão da defasagem do Código de Processo Penal brasileiro frente à Constituição Federal de 1988, que permite uma atuação judicante mais ativa do que a recomendada no processo, o que abre possibilidades para a utilização do Judiciário como instrumento de vingança política em algumas situações.

O primeiro capítulo tem início com a comprovação de que a verdade real no processo penal é um mito, não sendo possível a reconstituição de um fato exatamente como ele aconteceu, de modo que este princípio não pode ser utilizado como embasamento para justificar a presença de um juiz inquisidor no processo, como muitas vezes ocorre. Assim, defende-se a análise e aplicação do princípio do juiz imparcial sob a ótica da Constituição Federal de 1988, devendo ser um limitador de certas regras processuais responsáveis por provocar um desequilíbrio na relação processual penal.

Continua o segundo capítulo, constatando que, não obstante a ausência de norma vedando a comunicação do juiz com as partes, o estabelecimento de um contato reiterado entre o órgão acusatório e o magistrado responsável pelo julgamento da causa, além das comunicações processuais corriqueiras, faz surgir um vício na imparcialidade do magistrado, ainda que não intencional. Desta forma, pretende-se evidenciar o desequilíbrio da relação processual em desfavor do réu, bem como a ofensa a princípios constitucionais característicos de um estado Democrático de Direito.

Por sua vez, o terceiro capítulo propõe uma reforma da legislação processual penal no Brasil que se adeque à realidade social atual e à Constituição Federal de 1988, de modo que o Código de Processo Penal de 1941 – inspirado no código de processo da Itália fascista – não



pode continuar a ter a aplicabilidade de certos dispositivos, claramente inconstitucionais, que permitem a manipulação do Judiciário para atuar contra o ordenamento jurídico, instaurando insegurança jurídica.

O método hipotético-dedutivo é o utilizado para desenvolver este artigo, já que o pesquisador apresenta proposições a serem aplicadas, que considera serem as mais viáveis para solucionar a problemática inerente que se encontra no objeto da pesquisa, buscando comprovar a aplicação das proposições de forma argumentativa.

Portanto, quanto ao objeto, a abordagem desta pesquisa é qualitativa, uma vez que o pesquisador se utiliza de obras doutrinárias, pesquisas jurisprudenciais e legislação pertinentes ao tema tratado para comprovar a tese sustentada.

1. O MITO DA BUSCA DA VERDADE REAL *VERSUS* O PRINCÍPIO DO JUIZ IMPARCIAL

A partir do momento em que, no mundo dos fatos, ocorre a prática de um delito, surge para o Estado o direito de punir o agente responsável por tal prática. Porém, para que este direito estatal se materialize é necessário que, em um primeiro momento haja um procedimento investigatório mínimo a fim de possibilitar o recebimento da denúncia pelo juízo, para então ter início o processo criminal, onde haverá produção de provas e uma tentativa de reconstituição dos fatos, que devem ser comprovados para que a sanção criminal possa ser aplicada pelo Estado-Juiz em face do acusado.

Neste cenário, destaca-se a busca da verdade real, um dos princípios basilares do processo penal que, nas lições de Guilherme de Souza Nucci¹, é aquele responsável por impulsionar a atuação do juiz na busca daquela verdade que mais se aproxima da realidade dos fatos.

Desta forma, a partir desta breve definição já é possível concluir que não existe uma verdade real propriamente dita. Não é possível, nos autos do processo, retratar o fato da exata maneira como ele se deu, de modo que ao longo do processo, sempre respeitando as garantias constitucionais do acusado, se deve perquirir a verdade processual, aquela que mais se assemelha ao que de fato ocorreu, sendo possível concluir que a busca pela verdade real será sempre inalcançável.

Analisando este princípio, é possível inferir que se exige uma atuação ativa do juiz na

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 56-57.



busca pela verdade aproximada dos fatos, saindo o magistrado da posição de mero espectador do processo e passando a exercer um papel relevante na atividade probatória. A consagração máxima deste princípio encontra-se no artigo 234 do Código de Processo Penal²: “Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível”.

Ante o exposto, inevitável é o surgimento de indagações quanto à possibilidade de coexistência entre o princípio da busca da verdade real e a imparcialidade do órgão julgador no feito, que acaba sendo responsável pela coleta de provas ao lado das partes, em nítida ofensa ao modelo acusatório, procedimento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que ainda será objeto de análise mais aprofundada na presente pesquisa.

Logo, a existência de dispositivos no Código de Processo Penal que estabelecem a iniciativa instrutória por parte do juiz, conforme já destacado, acaba por consagrar a prevalência do princípio da busca da verdade real em detrimento da imparcialidade do juiz. A partir do momento em que o juiz se iguala às partes para trazer elementos ao processo, sua imparcialidade já resta prejudicada, ainda que lastreada em dispositivos legais, se revelando nítida qual foi a intenção do legislador.

Acerca do tema, leciona Aury Lopes Jr.³:

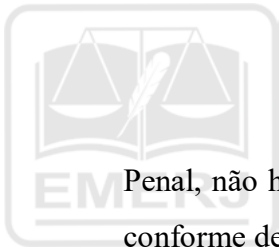
Não se pode desconsiderar a complexa fenomenologia do processo, de modo que a separação das funções impõe, como decorrência lógica, que a gestão/iniciativa probatória seja atribuída às partes (e não ao juiz, por elementar, pois isso romperia com a separação de funções). Mais do que isso, somente com essa separação de papéis, mantém-se o juiz afastado da arena das partes e, portanto, é a clara delimitação das esferas de atuação que cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial.

Outro dispositivo da legislação processual penal que evidencia a prevalência da busca da verdade real em detrimento à imparcialidade do julgador é o artigo 156 do CPP, que faculta uma atuação *ex officio* do magistrado para determinar a produção de provas urgentes, bem como permite a realização de diligências para dirimir quaisquer dúvidas.

É de se ressaltar que o objetivo da presente pesquisa não é a defesa da tese de engessamento da atividade jurisdicional para alcançar a verdade processual dos fatos e permitir a correta aplicação do direito penal com sua respectiva sanção ao caso concreto. Mas sim demonstrar que, diante de alguns permissivos legais dispostos no Código de Processo

² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 09 mai. 2020.

³ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 175.



Penal, não há como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz no julgamento da ação penal, conforme determina a Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, a consagração do princípio da imparcialidade do juiz pressupõe que este se coloque em uma posição distante da acusação e da defesa, notadamente no que tange à produção probatória. Uma vez tendo tido participação na produção de provas para o processo pelo qual será responsável pelo julgamento, ainda que legalmente fundamentada, sua imparcialidade estará prejudicada.

O processualista Paulo Rangel⁴, com bastante propriedade, sintetiza o que foi exposto até o momento neste capítulo:

O juiz, na sistemática processual moderna, deve-se afastar ao máximo da persecução penal, a fim de não afetar seu livre convencimento, pois, no sistema de provas, adotado pelo Código Processual vigente, toda imposição da lei ao juiz, no que tange à colheita de provas, afronta sua imparcialidade.

Entende-se que, a fim de assegurar a imparcialidade, o magistrado deveria trabalhar apenas com as provas que a acusação e defesa levassem aos autos, e a partir destas, aplicasse a lei penal em consonância com o princípio do livre convencimento do julgador. O que se repudia é a atuação ativa e até mesmo de ofício do juiz na atividade instrutória, muitas vezes criando a figura do juiz-inquisidor no processo.

Com a edição da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, foi instituída a figura do juiz das garantias no Código de Processo Penal, com o objetivo de assegurar uma maior imparcialidade do julgador. É de se ressaltar que esta introdução legislativa representa um avanço em nossa legislação processual, garantindo uma maior consagração do princípio do juiz imparcial, tendo em vista que atribui a outro magistrado, diverso daquele que irá prolatar sentença, a competência para exercer o controle de legalidade na fase investigativa.

Assim, quando chegar o momento da prolação da sentença, o magistrado responsável por tal ato não terá participado, nem tido contato com as provas quando do momento de sua produção na fase pré-processual, assegurando sua imparcialidade. Apesar de representar uma nítida evolução na fase investigativa, entendemos que na fase processual a imparcialidade do juiz continua prejudicada, tendo em conta que o magistrado desta fase ainda pode se valer de dispositivos de cunho inquisitivo para atuar na fase instrutória de ofício. Porém, é inegável que a criação da figura do juiz das garantias já representa o embrião para a evolução da legislação processual penal brasileira.

⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 56.



Deste modo, considerando a inovação legislativa que introduziu a figura do juiz das garantias, aliada ao fato inconteste de impossibilidade de reconstituição fática da verdade nos autos do processo, sendo possível apenas a busca pela verdade processual, tem-se que o princípio da busca da verdade real não pode prevalecer sobre a imparcialidade do julgador, conforme tem-se observado em algumas decisões.

Essa prevalência da busca da verdade real encontra fundamentação legal em diversos dispositivos do Código de Processo Penal, conforme já tratado neste capítulo. Assim, seria mais eficiente uma atividade reflexiva por parte dos operadores do Direito, especialmente pelo juiz criminal, a fim de que a legislação processual penal seja interpretada a partir dos princípios constitucionais que orientam todo ordenamento jurídico pátrio, de modo que, enquanto não realizada a reforma processual que se espera, os dispositivos de cunho inquisitivo não sejam aplicados, por encontrarem-se em desconformidade com a Constituição Federal de 1988 e com o sistema de provas adotado.

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Paulo Rangel⁵, leciona:

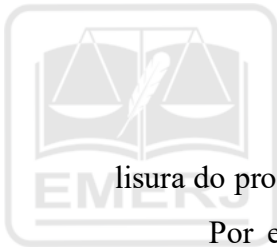
As respostas para determinados problemas que surgem no curso de um processo criminal estão muitas vezes nos princípios que o informam, porém, o intérprete ou aplicador da norma não os visualiza, dando interpretações ou aplicando normas em contraposição aos elementos primários de constituição do processo.

Com uma interpretação dos dispositivos processuais penais à luz dos princípios constitucionais, é inegável que a imparcialidade do órgão julgador restará assegurada, proporcionando assim, um grau maior de confiabilidade das decisões judiciais no âmbito penal perante a sociedade.

2. A (IM)POSSIBILIDADE DE COOPERAÇÃO ENTRE ÓRGÃO ACUSATÓRIO E JUÍZO RESPONSÁVEL PELO JULGAMENTO DA AÇÃO

Conforme apresentado até o momento, houve destaque para a imparcialidade do juiz provocada pela preponderância do princípio da busca da verdade real no processo penal, porém a imparcialidade do juízo pode se dar de outras formas também, como aquelas decorrentes da inobservância de outros princípios processuais penais. É o caso do princípio da paridade de armas no processo penal que, se não observado adequadamente, pode macular a

⁵ Ibid., p. 30.



lisura do procedimento processual penal.

Por este princípio, Tourinho Filho, de forma bem simples e direta, conceitua como sendo o conjunto de direitos que, se conferidos à acusação, não podem ser negados à defesa e vice-versa, ressalvados alguns poderes e direitos que são conferidos exclusivamente à defesa, em razão da desigualdade existente na relação processual penal⁶.

Em função da nítida desigualdade estabelecida entre as partes na relação processual, desde a fase pré-processual, quando o acusado não possui direito ao contraditório, nem à ampla defesa no inquérito policial ou procedimento investigatório, este princípio surge na fase processual numa tentativa de igualar as partes, dando-lhes os mesmos recursos no procedimento processual.

Porém, diante de alguns defasados dispositivos presentes na legislação, a consagração deste princípio resta prejudicada. É o caso do disposto no art. 47 do Código de Processo Penal⁷: “Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los”.

A defesa, entretanto, não possui a mesma prerrogativa, conforme se depreende do disposto no art. 14 do Código de Processo Penal⁸: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”. Ou seja, somente a acusação pode requisitar informações no processo penal, poder este que não se estende à defesa, demonstrando claramente que a legislação processual penal não se encontra em consonância com o princípio da paridade de armas, evidenciando o desequilíbrio natural na relação processual em favor da acusação.

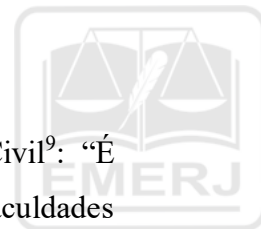
Não obstante a defasagem de nossa legislação, algumas práticas recorrentes no cotidiano forense acabam por ignorar o princípio em comento e contribuem com a imparcialidade do juízo responsável pelo julgamento da causa. Como exemplo pode ser citado a comunicação das partes com o juízo especificamente.

Desde logo é preciso salientar que não existe nenhuma norma no ordenamento jurídico que proíba o diálogo das partes com o juiz responsável pelo julgamento do feito fora dos autos ou do ambiente forense. Assim sendo, em tese, as partes possuem igual acesso ao julgador para debater quaisquer questões relacionadas ao processo.

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁸ Ibid.



É o que se depreende do disposto no art. 7º do Código de Processo Civil⁹: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação aos exercícios de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. Apesar de ser uma norma constante da legislação processual civil, também cabe sua aplicação ao processo penal, notadamente para embasar a igualdade de acesso das partes ao juízo.

Entretanto, a realidade fática do cotidiano forense não se revela tão acolhedora aos princípios da isonomia e da paridade de armas quando o assunto é o acesso das partes ao juízo criminal. Inegavelmente, no geral, advogados e defensores públicos possuem uma considerável dificuldade em estabelecer um contato com o juiz criminal fora dos autos. O mesmo não se pode dizer de membros do Ministério Público, na função de órgão acusatório, que possuem um acesso mais franqueado aos gabinetes dos juízos.

Tal afirmação decorre do cotidiano forense e até mesmo de notícias de domínio público veiculadas pela grande mídia quando da divulgação do processo responsável por julgar o eventual maior caso de corrupção no país. Tal disparidade na igualdade de tratamento entre as partes, privilegiando o membro do Ministério Público, encontra-se presente em uma prerrogativa disposta no art. 18, inciso I, alínea “a” da lei Complementar nº 75¹⁰: “São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: I – institucionais: a) sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem”.

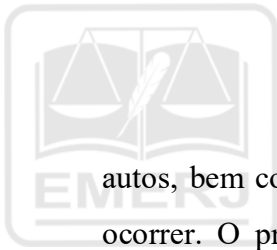
Apesar de tratar-se de uma norma que dispõe meramente acerca de questão organizacional nas audiências da Justiça Federal, resta evidente sua inconstitucionalidade, uma vez que coloca o membro do Ministério Público da União numa posição acima da defesa, e mesmo que esteticamente, transparece uma desigualdade entre as partes no processo.

Ante o exposto até o presente momento, depreende-se que o sistema acusatório não é devidamente respeitado, assim como percebe-se que a presença de certos dispositivos no ordenamento jurídico permitem brechas para que a imparcialidade do julgador contamine o processo, mesmo que involuntariamente. De forma natural, o órgão acusatório acaba tendo um maior contato e comunicação com o juízo fora dos autos, desde a fase investigativa, assim como certos privilégios.

Com essa maior proximidade entre a acusação e órgão julgador, diálogos fora dos

⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 ago. 2020.

¹⁰ BRASIL. *Lei Complementar nº 75*, de 20 de maio de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Acesso em: 27 ago. 2020.



autos, bem como fora do ambiente da Justiça, acerca de determinado processo, acabam por ocorrer. O problema que passa a gerar a imparcialidade do juiz ocorre quando a relação estabelecida entre este e a acusação extrapola o limite do tolerado e passa a existir um direcionamento e contribuição do juiz com elementos probatórios para a acusação, influenciando no resultado do processo em uma nítida ofensa ao Estado Democrático de Direito, afetando a imparcialidade e independência do órgão julgador.

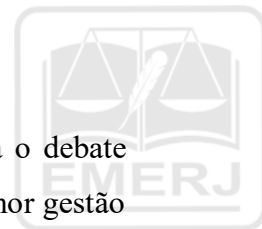
Defensores do sistema processual adotado pelo Código de Processo Penal alegam que inexistente norma na legislação processual penal que impeça a comunicação das partes com o juízo, de modo que até mesmo conversas privadas entre o juiz criminal e membros do Ministério Público acerca de determinados elementos de prova seriam lícitas, por ausência de norma proibitiva neste sentido.

De fato, inexistente norma no ordenamento vedando especificamente esse contato mais próximo, até porque considerando que toda legislação deve ser interpretada à luz constitucional, seria de se depreender que contatos próximos entre o juiz e uma das partes acerca de informações do processo fora dos autos não se revela aceitável, nem de acordo com princípios constitucionais e processuais.

Entretanto, levando-se em consideração situações que vêm ocorrendo, com vazamento de troca de mensagens explícitas entre acusação e juízo, dando conta de um verdadeiro direcionamento de teses acusatórias, seria interessante a propositura de projetos de lei no sentido de incluir no Código de Processo Penal um dispositivo vedando expressamente que haja contato entre as partes e o juízo fora dos autos. Importante ressaltar que o contato deve ser vedado apenas fora do processo, uma vez que as partes podem ter acesso ao juízo se mostra imprescindível ao bom funcionamento da Justiça e aos princípios regentes do Estado Democrático de Direito, desde que franqueado um igual acesso às partes.

3. O PRINCÍPIO INQUISITORIAL COMO LEGITIMADOR DA POLITIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Ante o exposto, destacando-se a prevalência da busca da verdade real sobre a imparcialidade de juízo, bem como as dúvidas que recaem sobre a relação entre órgão acusatório e juízo responsável pelo julgamento da causa, surge à tona a indagação sobre qual é o efetivo sistema processual adotado no Brasil. Basicamente, são três os sistemas processuais existentes na doutrina processual penal, a saber: Sistema acusatório, sistema misto e sistema inquisitório.



O sistema acusatório, com origem na Grécia Antiga, tem por característica o debate oral, a defesa do contraditório, a equidistância do julgador para com as partes, a melhor gestão da prova, bem como a separação nítida entre as funções de acusar e julgar.

Acerca do sistema acusatório, o eminente Guilherme Nucci¹¹ leciona:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

Por sua vez, o sistema inquisitivo surge como um sistema antagônico ao acusatório, em substituição a este, uma vez que o sistema acusatório havia se revelado insuficiente para garantir a justa punibilidade do indivíduo, ao menos do ponto de vista da sociedade e da vingança privada.

Assim, o sistema inquisitivo caracteriza-se pela supressão do contraditório, ausência de debates, mistura entre as funções de acusar e julgar, surgindo aí a figura do juiz-inquisidor, entre outras características mais voltadas para a defesa do Estado e do sistema de governo, em detrimento do réu ou investigado.

Aury Lopes Jr.,¹² em suas sempre precisas palavras, afirma:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.

Por fim, para aqueles que defendem sua existência, tem o sistema misto, surgido na França após a Revolução francesa, caracterizando-se pela divisão do processo em fase pré-processual e fase procesual. Por esse sistema, a fase pré-processual seria permeada por elementos inquisitivos, ao passo que a fase processual seria caracterizada pela presença de elementos predominantemente acusatórios.

A partir destas conceituações e tendo em vista a organização e disposições do Código de Processo Penal brasileiro, depreende-se que o sistema misto é o adotado no Brasil, não obstante a Constituição Federal de 1988 tenha determinado a adoção ou ao menos sugerido, de forma implícita, a adoção do sistema acusatório.

¹¹ NUCCI, op. cit., p. 70.

¹² LOPES JR., op. cit., p. 166-167.



Entretanto, existem autores que negam a existência de um sistema processual misto, uma vez que ele será predominantemente inquisitório ou predominantemente acusatório, de modo que não haveria que se falar na criação de uma terceira classificação. Ademais, a criação dessa classificação poderia surgir apenas para mascarar um verdadeiro sistema processual inquisitivo, sem que tenha de adotar essa classificação real.

A respeito da classificação do sistema processual brasileiro, o processualista Aury Lopes Jr.¹³ afirma ser (neo)inquisitório, não havendo que se falar em sistema misto para que ninguém seja induzido a erro. De fato, a opinião do renomado professor e autor faz sentido, uma vez que a legislação processual está permeada de dispositivos de cunho inquisitivo, inclusive na chamada fase processual, o que faz do ponto de vista prático, um verdadeiro sistema inquisitivo o adotado pelo nosso Código de Processo Penal, embora boa parte da doutrina tente negar.

Um exemplo de dispositivo da legislação processual penal brasileira que evidencia a presença do princípio inquisitivo em nosso sistema, inclusive na chamada fase processual, seria o art. 385 do Código de Processo Penal¹⁴: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

A partir do momento em que o Ministério Público pede a absolvição do acusado, o fato do juiz ainda poder proferir sentença condenatória é um dos mais claros exemplos de incidência do modelo inquisitivo no sistema processual brasileiro. Em um sistema acusatório puro isso seria inconcebível, pois evidencia a ofensa entre as funções de acusar e julgar, misturando-as.

Do mesmo modo, ainda que se considere a existência de um sistema misto, ao menos no Brasil, deveria haver a prevalência do sistema acusatório na fase processual, sendo inapropriada a colocação de tal dispositivo no ordenamento processual penal.

Com maestria, o processualista Paulo Rangel¹⁵, leciona acerca do citado dispositivo:

O artigo de lei citado deve ser confrontado com o sistema acusatório, e nesse sentido, se, efetivamente, o adotarmos em toda sua inteireza, o juiz, hodiernamente, está impedido de investigar a prova em desconformidade com o que quer o autor, sob pena de descer do ápice da pirâmide do tripé da relação jurídico-processual e se misturar com as partes, quebrando sua imparcialidade.

Apesar de não mais aplicado na prática forense, em uma leitura constitucional do

¹³ Ibid., p. 174.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁵ RANGEL, op. cit., p. 109.



processo penal, ainda encontra-se presente no Código de Processo Penal o art. 241¹⁶: “Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado”. Tal dispositivo é mais um exemplo do sistema inquisitivo no ordenamento pátrio, permitindo uma busca domiciliar pelo juiz ou autoridade policial sem a expedição de mandado, em uma clara ofensa ao Estado Democrático de Direito.

Considerando que o Código de Processo Penal brasileiro foi editado em 1941, durante a ditadura da Era Vargas, mesmo período em que a Itália vivenciava a ditadura fascista do ex-primeiro ministro Benito Mussolini, tendo o Código de Processo Penal de 1930 deste país influenciado a edição da ainda vigente legislação processual penal brasileira, impossível não estabelecer uma relação comparativa entre as duas legislações e o período histórico que influenciaram suas edições.

O *Codice Rocco* italiano, editado em 1930, quando da ascensão do regime fascista, buscava justificar seu cunho inquisitivo na existência de um inimigo comum do povo e do Estado, que precisava ser devidamente punido para que o progresso da nação e da sociedade ocorresse. O mesmo discurso foi utilizado no Brasil quando da edição do Código de Processo Penal em 1941, durante a ditadura de Vargas, que também flertava com ideologias fascistas.

Ocorre, que após quase oitenta anos, o Código de Processo penal de 1941 continua em vigor, sem que as diversas alterações e reformas, assim como a promulgação da Constituição Federal de 1988, tenham logrado êxito em retirar todos os diversos dispositivos de cunho inquisitorial do Código de Processo Penal. Talvez até mesmo porque não haja interesse por parte dos parlamentares em atualizar a legislação ao Estado Democrático de Direito.

A presença de dispositivos inquisitoriais no ordenamento, tal como o art. 156 do Código de Processo Penal¹⁷, que permite a realização de diligências de ofício pelo juiz na instrução probatória, podem servir como instrumentos para a realização de vingança privada aliada a interesses políticos, sob o pretexto de combate à criminalidade ou combate à corrupção, por exemplo, causas que cativam boa parte da sociedade e as traz como aliada, sem que percebam que estão sendo utilizadas como massa de manobra de algo obscuro e bem arquitetado.

O Poder Judiciário, como guardião maior da Constituição Federal e dos princípios constitucionais regentes do Estado Democrático de Direito, tem o dever zelar pela correta aplicação da lei à luz constitucional, devendo deixar de aplicar dispositivos de cunho

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁷ Ibid.



inquisitivo ainda remanecentes em nossa legislação processual penal, a fim de consagrar a verdadeira força normativa da Constituição, enquanto a necessária reforma ou até mesmo edição de um novo Código de Processo Penal mais adequado a um Estado Democrático de Direito não ocorre.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico apresentou, como questão central, a imparcialidade do juízo criminal decorrente de sua atuação ativa no curso do processo, justificada pela presença de dispositivos inquisitoriais na legislação processual penal brasileira.

No início da fase processual, a fim de apurar a autoria e materialidade do crime, há o surgimento de um conflito entre a imparcialidade do juiz e a busca da verdade real dos fatos. Assim, a partir do momento em que se exige que o magistrado se utilize de todos os meios previstos na legislação para dar uma resposta penal à sociedade, sua imparcialidade já se revela prejudicada, por tratarem-se de princípios antagônicos que não podem coexistir.

A presença de elementos inquisitoriais no Código de Processo Penal brasileiro, assim como a concessão de certos privilégios e garantias à acusação, que não são conferidos à defesa, desequilibram a balança da justiça, que deveria prezar pela igualdade entre as partes. O modelo acusatório proposto pela Constituição Federal de 1988, promulgada após o processo de redemocratização do Brasil, não se coaduna com a presença de dispositivos previstos na legislação, que determinam a produção de provas de ofício pelo magistrado e que estabelece a desigualdade, mesmo que apenas visual, entre acusação e defesa, por exemplo.

Em contraposição à Constituição Federal, o sistema adotado pelo Código de Processo Penal de 1941 se revela, mesmo que de forma velada, como sendo um (neo)inquisitório. Assim, a presença de dispositivos de cunho inquisitivo, tanto na fase pré-processual quanto na fase processual, faz com que, no processo penal brasileiro, o juiz atue quase como que um complemento da acusação, saindo da posição de observador, que deveria julgar de acordo com as provas trazidas pelas partes.

Inegavelmente, o Código de Processo Penal brasileiro encontra-se defasado e em total desacordo ao Estado Democrático de Direito, que é defendido pelo Brasil, o que por si só já justificaria a não aplicação de diversos dispositivos que implicam na imparcialidade do julgador no processo penal brasileiro.

Entretanto, por questões políticas e como forma de dar resposta à sociedade pelo alto índice de criminalidade no país, o legislador pátrio não se revela tão entusiasmado em realizar



uma reforma processual penal que se adequa à Constituição de 1988 e garanta a imparcialidade no julgamento do feito. Diversos julgadores acabam também por se utilizar dos resquícios inquisitoriais ainda presentes no ordenamento para praticar promoções políticas, que acabam por macular a imagem do Judiciário.

Assim sendo, conclui-se que se mostra imprescindível uma reforma da legislação processual penal brasileira, a fim de adequar o sistema processual aos princípios constitucionais, garantindo a efetiva imparcialidade do feito. Permitir a produção de provas, de ofício pelo magistrado, impede que este esteja isento para o julgamento do feito e garanta o direito do acusado ao devido processo legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 09 mai.2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 ago. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 75*, de 20 de maio de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Acesso em: 27 ago. 2020.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



PROBLEMAS NA IMPUTAÇÃO NOS CASOS DE PARTICIPAÇÃO EM SUICÍDIO E
AUTOMUTILAÇÃO ENVOLVENDO VULNERÁVEIS, COMO DECORRÊNCIA DA LEI
Nº 13.968/2019

Gabriel França Santos de Oliveira

Graduado pela Faculdade de
Direito UVA. Advogado.

Resumo – diante do crescimento no número de casos de automutilação e suicídios praticado por menores, provocados pela instigação ou induzimento de terceiros, principalmente por intermédio da internet, através do desafio da Baleia Azul, o legislador brasileiro editou a Lei nº 13.968/2019, com o fim de recriminar de forma mais enfática a conduta e endurecer o tratamento penal para os responsáveis por esses atos. Ocorre que a Lei nº 13.968/19, construída para apaziguar o clamor social e midiático decorrente do desafio, incide nos problemas típicos da legislação penal simbólica, principalmente levando a algumas atecnias em relação a imputação. Dessa forma, a essência do trabalho é avaliar as inovações trazidas pela lei e as aparentes atecnias trazidas por ela.

Palavras-chave – Direito penal. Lei nº 13.968. Participação. Induzimento, Instigação e auxílio. Automutilação. Suicídio. Baleia Azul. Homem-Pateta (Jhonatan Galindo). Momo.

Sumário – Introdução. 1 Inovações trazidas pela Lei nº 13.968/2019 no campo da imputação da participação em suicídio ou automutilação envolvendo vulneráveis. 2. Problemas na imputação nos casos de participação em suicídio ou automutilação dirigida ao vulnerável, causadora de morte ou lesões gravíssimas. 3. Problemas na imputação nos casos de participação em suicídio ou automutilação dirigida ao vulnerável, causadora de de lesões graves, leves ou sem resultado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No ano de 2016, ocorreu um aumento exponencial no número de casos envolvendo induzimento ao suicídio por meio da internet, principalmente contra pessoas vulneráveis, na forma do jogo chamado Desafio da Baleia Azul, consistente em uma série de desafios, que envolvem desde ato inofensivos, até a automutilação, e que culmina com o suicídio do participante, como requisitos para a vitória.

Mas, com a perda de popularidade e eficácia do desafio da Baleia Azul, pelo fato de ter entrado no conhecimento do público, especialmente dos pais dos vulneráveis, essa espécie de induzimento ao suicídio ganhou novas formas e nomes, como o caso do Homem-Pateta (Jhonatan Galindo) e o desafio da Momo, demonstrando que não seria uma fenômeno temporário.

Diante desse quadro, o Legislativo brasileiro procurou reprimir essa conduta, editando a Lei nº 13.968/2019, que promoveu diversas alterações no art. 122 do Código Penal,



especialmente acrescentando os parágrafos 6º e 7º ao dispositivo, com o fim de endurecer o tratamento penal para os responsáveis por esses atos.

Ocorre que, apesar do nobre objetivo, o Legislativo incorreu no típico problema do Direito Penal simbólico, criando diversos problemas na imputação do delito, indo desde a responsabilização objetiva até a repressão insuficiente da conduta.

Com a finalidade de analisar essas questões, o primeiro capítulo procura fazer uma análise do entendimento doutrinário que deu origem a Lei nº 13.968/2019 e as alterações legislativas promovidas por ela no crime da participação ao suicídio e criação do tipo de participação em automutilação.

No segundo capítulo, é feita a análise dos problemas na imputação nos casos de participação em suicídio ou automutilação dirigida ao vulnerável, causadora de morte ou lesões gravíssimas.

No terceiro capítulo, procura-se aferir a adequação típica nos casos de participação em suicídio ou automutilação dirigida ao vulnerável, causadora de de lesões graves, leves ou sem resultado.

Por fim, busca demonstrar a necessidade de interpretação das alterações promovidas pela Lei nº 13.968/2019 em conformidade com a Constituição e a doutrina penal, para fim de evitar a responsabilização objetiva e a repressão insuficiente da conduta.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pelo fato de o pesquisador escolher um conjunto de proposições hipotéticas, que acredita serem ajustadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

A pesquisa será qualitativa em relação a abordagem, pois busca coletar informações, descrevendo o instituto e defendendo o ponto de vista do pesquisador.

1. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.968/2019 NO CAMPO DA IMPUTAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO EM SUICÍDIO OU AUTOMUTILAÇÃO ENVOLVENDO VULNERÁVEIS

A definição do sujeito passivo no crime de participação em suicídio, descrito no art. 122 do Código Penal¹, sempre foi objeto de questionamento na doutrina.

¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2020.



Isso ocorre pelo fato de o suicídio ter como pressuposto a autoexecução, ato que exige uma capacidade de entendimento das consequências do suicídio e de se autodeterminar nesse sentido².

Para explicar o tema, é interessante trazer a ponderação feita por Nelson Hungria acerca da teoria psiquiátrica do suicídio. Segundo essa teoria, todo ato humano que foge ao normal do homem médio é uma patologia, e, sendo o suicídio uma anormalidade, ele também é uma patologia, o que leva à conclusão de que o são não se suicida e esse ato consiste em uma espécie de loucura³.

Discordando da conclusão da teoria, Nelson Hungria⁴ afirma:

Tem razão Max Nordau, quando diz que o “suicídio é um paradoxo”(…). Não segue daí, porém, que o suicídio há de ser sempre expressão de um psiquismo constitucionalmente anormal(…). A admitir-se como exata a afirmação de Juarros, de que “o são de espírito não se suicida nunca”, ou a de Esquirol, de que “o suicídio é um episódio de uma das várias classes de loucura”, ter-se-ia igualmente de admitir que a participação em suicídio não devia constituir uma entidade criminal *sui generis*, mas uma modalidade de homicídio, pois o suicida, agindo inconscientemente, não seria mais do que um títere, um instrumento de que se serve o participante.

E conclui o autor que o suicídio é “um produto complexo de fatores sociais ou exógenos e fatores individuais, endógenos ou psicofisiológicos, que não necessariamente patológicos”⁵.

Portanto, diante da conclusão de que nem todo suicídio é um produto da loucura, conclui-se que o induzimento ou instigação ao suicídio se justificam como tipo penal autônomo, desde que o sujeito passivo tenha o entendimento acerca do ato de supressão da própria vida, entenda suas consequências, e atue de acordo com a previsão que seu ato produzirá.

Corroborando essa ideia, Nelson Hungria, afirmava:

É preciso, para o reconhecimento da agravante, que o induzido ou auxiliado não seja um instrumento passivo, um súcubo à inteira mercê de um íncubo, pois, em tal caso, como diz Alimena, o suicida não é mais do que a longa manus do agente, e deve ser reconhecido, não o crime de participação em suicídio, mas um autêntico homicídio⁶.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 20 ed. V. 2. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book], p. 485.

³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5 ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 229-230.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, p. 230.

⁶ *Ibid.*, p. 238.



Com base nessa posição doutrinária, a doutrina anterior a Lei nº 13.968/2019 estava pacificada no sentido de que o incapaz de resistir a influência do agente ativo do induzimento ou instigação não poderia ser sujeito passivo na participação em suicídio.

A razão dessa conclusão doutrinária estava fundada na ideia de que a incapacidade de resistência ao induzimento ou instigação ao suicídio faria com que a pessoa influenciada fosse um mero instrumento do agente influenciador. Por isso, o agente influenciador não estaria praticando o crime do art. 122 do Código Penal⁷, mas praticando, como autor mediato, o crime de homicídio ou lesão corporal, a depender da influência ser dirigida ao suicídio ou a automutilação⁸.

Ocorre que com a adoção desse entendimento surgia novo problema, consistente na definição de quais seriam as circunstâncias que levam a incapacidade de resistência e caracterizam a pessoa como vulnerável.

No caso de incapacidade de resistência em decorrência de doença mental, deficiência física ou outras causas, que podem levar a incapacidade da vítima oferecer resistência, não existia muita divergência doutrinária, até porque esses estados deveriam ser aferidos diante do caso concreto, através da perícia.

Mas, na hipótese da influência ser exercida contra o menor, havia uma indefinição do critério para aferir quando existiria a incapacidade de resistência, pois a lei não estabelecia a partir de qual idade a capacidade de resistência a influência poderia existir.

Apesar da indefinição, a doutrina era praticamente pacífica no estabelecimento dos 14 anos de idade limite etário do sujeito passivo do crime. Essa idade foi estabelecida como critério objetivo para aferição do crime a ser imputado, como uma presunção absoluta de incapacidade de resistência ao intento do agente ativo, na hipótese de a influência ser dirigida ao menor de 14 anos, e uma presunção relativa de capacidade de resistência quando a influência do agente ativo é dirigida contra a pessoa com idade igual ou superior a 14 anos⁹.

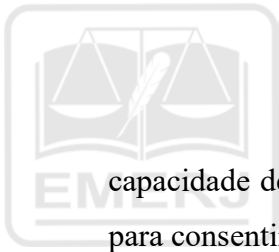
O fundamento desse entendimento era a analogia ao tipo do art. 217-A do Código Penal¹⁰ (estupro de vulnerável), sob o argumento de que se o menor de 14 anos não tem

⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito penal Brasileiro: parte especial* – arts. 121 a 249 do CP. 3 ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 114 [e-book].

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 31 ed. V. 2. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53 e BITENCOURT, op. cit., p. 533.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.



capacidade de consentir ao ato sexual, igualmente, a pessoa nesse idade, não tem capacidade para consentir com a eliminação da própria vida¹¹.

Foi dentro desse quadro que a Lei nº 13.968/2019 acrescentou os §§ 6 e 7 ao art. 122 do Código Penal¹², estabelecendo de forma expressa a idade de 14 anos de idade como o marco para a definição do sujeito passivo do crime de participação em suicídio, como se extrai do parecer do relator de número 3 da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados:

[...]a exemplo do que defende a doutrina em relação ao crime de induzimento ao suicídio, entendemos que se as condutas de induzimento à automutilação forem praticadas contra menores de 14 (quatorze) anos e isso acarretar lesão corporal de natureza gravíssima ou a morte da vítima, o agente deve responder pelos crimes descritos no artigo 129, §§ 2º ou 3º, ou no artigo 121, todos do Código Penal. Isso porque “o menor de 14 anos, se não tem capacidade nem mesmo para consentir num ato sexual, certamente não a terá para a eliminação da própria vida”¹³.

Dessa forma, os §§ 6 e 7, acrescentados pela Lei nº 13.968, consagraram um entendimento que já tinha previsão na doutrina, positivando uma norma interpretativa, que tem como objetivo esclarecer qual crime deve ser imputado nas circunstâncias da influência ao suicídio dirigida ao vulnerável.

Além dessa alteração, que trata do foco central do trabalho, a Lei nº 13.968 promoveu muitas outras inovações no tipo penal do art. 122 do Código Penal¹⁴, que também influenciam sobremaneira na questão da imputação.

Ela tipificou a conduta de participação em automutilação, criminalizando a conduta do agente que induz, instiga ou auxilia a prática de automutilação.

A lei alterou a natureza jurídica da morte e da lesão corporal no tipo do art. 122 do Código Penal e, conseqüentemente, modificou a natureza do tipo penal do crime ora estudado. Se antes dela, ele era considerado um crime material, cujos resultados eram – de acordo com a corrente majoritária – condições objetivas de punibilidade¹⁵, atualmente, com a nova redação do caput do art. 122 e de seus §§ 1 e 2, do Código Penal¹⁶, os resultados descritos deixaram de

¹¹ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, parte especial. 36 ed. V. 2. Atual. por André Estefam. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book], p. 134 e BITENCOURT, op. cit., p. 143 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, [e-book], p. 637 e PRADO, op. cit., p. 121.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³ BRASIL, Câmara dos Deputados. *Parecer do Relator Nº 3 CCJC*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1813340&filename=Tramitacao-PL+8833/2017 Acesso em: 10 jul. 2020.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ HUNGRIA, op. cit., p. 235.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

ser condições objetivas de punibilidade, passando a ser qualificadoras do delito e, como decorrência disso, o crime deixou de ser material e passou a ser formal.

Dessa maneira, basta a conduta consistente em influenciar ou auxiliar o sujeito passivo a cometer o suicídio ou automutilação para a consumação do crime de participação em suicídio, independentemente da morte ou lesão corporal grave¹⁷.

Também foi alterada a questão da tentativa no crime objeto do estudo. Antes da Lei nº 13.968, em razão da condição objetiva de punibilidade exigida para consumação, a tentativa era inadmitida¹⁸. Mas, com a alteração da lei, que deixou de exigir o resultado morte ou lesão gravíssima para consumação, a forma tentada é admissível¹⁹.

Como exemplo disso pode ser tomado, por analogia, o exemplo clássico da tentativa no crime de ameaça, no caso do agente que, por meio de carta, envia uma mensagem a pessoa determinada e não vulnerável, influenciando-a a cometer o suicídio, mas, por circunstância alheia a vontade do remetente, a mensagem não chega ao destinatário.

Apesar dessas inovações no campo da imputação do delito do art. 122, a positivação foi feita de forma atécnica, o que poderá causar diversos problemas de adequação típica nos casos concretos, problemas que exigem uma análise de cada um dos cenários possíveis de serem extraídos para que possam ser compreendidos.

2. PROBLEMAS NA IMPUTAÇÃO NOS CASOS DA CONDOTA DE PARTICIPAÇÃO EM SUICÍDIO OU AUTOMUTILAÇÃO DIRIGIDA AO VULNERÁVEL, CAUSADORA DE MORTE OU LESÕES GRAVÍSSIMAS

Os §§ 6 e 7 do art. 122 do Código Penal²⁰, na forma como foram redigidos pela Lei nº 13.968, provocam diversos problemas na imputação na hipótese do induzimento, instigação ou auxílio ser dirigido ao vulnerável, criando casos de responsabilização objetiva, desproporcionalidade na imputação pela literalidade da norma e até mesmo hipóteses de impunidade.

A avaliação dessas atecnias deve ser feita de forma individualizada, primeiramente separando a conduta de participação no suicídio da conduta de participação em automutilação. Isso deve ser feito com a finalidade de evitar as confusões que o tratamento conjunto de duas

¹⁷ BITENCOURT, op. cit., p. 472.

¹⁸ PRADO, op. cit., p. 120 e GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 14 ed. V. II. Niterói: Impetus. 2017, p. 140 [e-book].

¹⁹ JESUS, op. cit., p. 158.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.



condutas completamente diferentes no mesmo tópico pode causar, algo que o legislador penal poderia ter cogitado ao editar a Lei nº 13.968. Dentro dessa divisão, deve ser feita a avaliação de diferentes situações que podem ocorrer envolvendo a participação no suicídio direcionado ao vulnerável, para que seja possível definir os problemas na imputação em cada circunstância apresentada.

No caso do agente que influencia o vulnerável a cometer suicídio e o vulnerável consegue se matar, o § 7 do art. 122 do Código Penal²¹ prevê que ele deve responder pelo homicídio doloso. Essa previsão legal promove uma conformação perfeita da norma com o entendimento praticamente pacífico na doutrina que deu fundamento a Lei nº 13.968, no sentido de que o agente, ao atuar dessa maneira, está agindo como autor mediato, usando o vulnerável como instrumento do crime de homicídio, razão pela qual deve responder pelo crime de homicídio e não pelo delito do art. 122 do Código Penal²².

Na hipótese de o agente influenciar o vulnerável a cometer suicídio, o vulnerável tenta se matar, mas sofre apenas lesões gravíssimas, o art. 122, § 6 do Código Penal²³ estabelece que ele deverá responder pelo crime de lesão corporal do art. 129, § 2, do do Código Penal²⁴. Aqui começam a surgir os problemas na imputação, pois a conduta descrita configura verdadeira tentativa de homicídio e não lesão corporal.

Em primeiro lugar, o dolo do agente, ao influenciar o vulnerável ao autoextermínio, consiste no dolo de matá-lo e não lesioná-lo. Além disso, na esteira do entendimento que deu origem a alteração legislativa perpetrada pela lei Lei nº 13.968, no sentido de que o vulnerável seria mero instrumento do agente para prática do homicídio, no momento em que o vulnerável não consegue acabar com sua própria vida, fica caracterizada a não consumação do resultado por circunstância alheia à vontade do agente, o que, nos termos do art. 14, II do Código Penal²⁵, leva a configuração da tentativa de homicídio.

Portanto, teoricamente, se o vulnerável não consegue se matar, na realidade o crime de homicídio não se consuma por circunstância alheia à vontade do agente, razão pela qual ele deveria responder por tentativa de homicídio e não pela lesão corporal qualificada do § 6 do art. 122, do Código Penal²⁶. Dessa forma, há um aparente conflito entre a o conteúdo da norma penal e a adequação típica a ser realizada. Para resolver esse dilema, é necessário avaliar a situação com base na teoria da norma penal.

²¹ Ibid.

²² BITENCOURT, op cit., p. 530-531.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.



Tratando do tema, Bitencourt²⁷ afirma que as normas penais podem ser classificadas como incriminadoras e não incriminadoras. As normas penais incriminadoras são aquelas que definem a infração penal, proibindo ou impondo a prática de uma conduta, sob ameaça expressa de pena. De outro lado, as normas penais não incriminadoras são aquelas que estabelecem regras gerais de interpretação e aplicação das normas penais, podendo estabelecer a delimitação da infração penal ou definir a sanção penal aplicável.

Essas normas não incriminadoras podem ser permissivas ou complementares. As permissivas são aquelas que autorizam a realização de uma conduta que, a princípio, é abstratamente proibida.

De outro lado, as normas complementares são aquelas que esclarecem, limitam e complementam as normas penais incriminadoras, determinando a forma como devem ser interpretados os preceitos primário e secundário²⁸. Ou seja, essas normas complementares atuam como norte interpretativo para aquele que irá realizar a imputação no caso concreto, de forma que representam uma garantia no procedimento de responsabilidade penal, pois pautam a atividade jurisdicional no exercício do jus puniendi estatal, regulando e limitando a imputação a ser realizada.

Trazendo esse ensinamento para a questão ora analisada, é forçoso reconhecer que a norma prevista no § 6 do art. 122 do Código Penal²⁹ tem natureza de norma não incriminadora de natureza complementar, razão pela qual atua como limitadora da imputação a ser realizada pelo intérprete. Dessa forma, apesar de tecnicamente estar em desacordo com a sistemática que a própria Lei nº 13.968 pretendia trazer ao sistema de responsabilização nos crimes de influencia ao suicídio contra vulnerável, ela tem força cogente, atuando como limitadora a atividade da adequação típica e, ao mesmo tempo, como uma garantia do agente criminoso.

Por isso, o art. 122, § 6 do do Código Penal³⁰ tem o efeito de desprezar o *animus necandi* nas hipóteses em que o agente influi o vulnerável a praticar o suicídio, mas a morte não se consuma, e imputa ao criminoso os resultados produzidos por sua conduta, desclassificando a tentativa de homicídio, para dar lugar a lesão corporal gravíssima

Com base nisso, a imputação de lesão corporal gravíssima prevalece sobre a adequação da conduta como tentativa de homicídio, sob pena de caracterizar recrudescimento interpretativo contra legem.

²⁷ BITENCOURT, op. cit., p. 403-405.

²⁸ Ibid.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁰ Ibid.



Deixando a participação no suicídio de vulnerável e passando para análise da conduta de participação na automutilação dirigida a essas pessoas, no caso do agente influenciar o vulnerável a realizar automutilação e ele se automutila, sofrendo lesões gravíssimas, de acordo com o § 6 do art. 122 do Código Penal³¹, o agente deverá responder pela lesão corporal gravíssima.

Novamente, essa previsão legislativa não é objeto de qualquer controvérsia, pelo fato de que, nesse ponto, a Lei nº 13.968 realiza uma positivação perfeita da doutrina que serviu como fundamento para a inovação legislativa, fundada na ideia do agente como autor mediato, usando o vulnerável como o instrumento do crime de lesão corporal gravíssima, e não o crime de participação em automutilação.

Entretanto, na hipótese do agente influenciar o vulnerável a se automutilar, mas ele, ao praticar a autoflagelação, morre como consequência do ato, ressurgem o problema da responsabilização objetiva, pois de acordo com o art. 122, § 7 do Código Penal o agente deve responder pelo crime de homicídio.

Acerca do dispositivo, Bitencourt afirma que ele é uma reclassificação do crime de suicídio ou automutilação para o crime de homicídio por determinação legal, chegando inclusive a afirmar que o legislador agiu com acerto ao criá-lo³².

Não é possível concordar com essa conclusão feita pelo autor, pois esse dispositivo traz uma verdadeira responsabilização objetiva. Nas circunstâncias descritas, o dolo do agente é dirigido ao uso do vulnerável como um instrumento do crime de lesão corporal gravíssima, a autoflagelação, totalmente diferente do *animus necandi*, não havendo vontade livre e consciente de influenciar o vulnerável a tirar a própria vida.

Argumento que pode ser utilizado para defender essa tipificação é a existência de dolo eventual de causar a morte do vulnerável ao induzi-lo a se mutilar. Seria a ideia de que, se o agente sabe que o vulnerável é incapaz de entender o caráter da conduta autolesiva e de consentir com ela, apesar de o agente não querer diretamente a morte do vulnerável, aceita essa possibilidade e assume o risco de produção do resultado³³.

Ocorre que esse entendimento não se sustenta pela própria sistemática trazida pela Lei nº 13.968, caso contrário o § 6 do art. 122 não teria razão de ser. Com base no entendimento de que o agente que influencia o vulnerável a se mutilar estará atuando com dolo eventual de causar-lhe a morte, o § 6, ao imputar o crime de lesão corporal ao agente que

³¹ Ibid.

³² BITENCOURT, op. cit., p. 530-531.

³³ Ibid.



influencia o vulnerável a cometer suicídio ou a autoflagelação, levaria a descontinuidade normativa, pois, ambas as hipóteses descritas no § 6 caracterizariam verdadeiro dolo eventual de causar a morte que não se consuma por circunstância alheia ao agente, razão pela qual deveria ser afastado o crime de lesão corporal e imputado o crime de tentativa de homicídio sempre. Portanto, não se sustenta o argumento do dolo eventual.

Dessa forma, no caso de o agente influenciar o vulnerável a se automutilar e ele acaba morrendo em decorrência disso, não há como reconhecer dolo direto ou eventual, de modo que a interpretação literal do § 7 leva a responsabilização objetiva. Para resolver essa atecnia, a melhor saída deve ser o afastamento da interpretação literal, com uso da interpretação conforme a CF, para reconhecer a existência de um crime preterdoloso no caso, pois há o dolo no resultado lesão gravíssima e culpa no resultado morte, o que leva a imputação do crime de lesão corporal qualificada pelo resultado morte nas situações descritas. Essa interpretação se justifica por afastar a responsabilização objetiva do trazida pela literalidade da lei.

3. PROBLEMAS NA IMPUTAÇÃO NOS CASOS DA CONDUTA DE PARTICIPAÇÃO EM SUICÍDIO OU AUTOMUTILAÇÃO DIRIGIDA AO VULNERÁVEL, CAUSADORA DE DE LESÕES GRAVES, LEVES OU SEM RESULTADO

Nesse capítulo deve ser feita a avaliação da imputação nos casos em que o agente induz, instiga ou auxilia o vulnerável a se matar ou se automutilar, mas por circunstâncias alheias a vontade do agente, ocorre apenas lesão grave, lesão leve ou não ocorre nenhuma lesão em razão da violência autoinfligida.

No que se refere ao agente que influencia o vulnerável a cometer suicídio, o vulnerável tenta se matar, mas acaba sofrendo lesões graves ou leves, há uma verdadeira lacuna legislativa, pois o § 6 do art. 122 do Código Penal³⁴ só se trata - de forma expressa - ao caso envolvendo lesões gravíssimas, deixando de tratar das situações em que a tentativa de suicídio resulta em lesão de natureza grave ou leve.

Isso deixa uma dúvida acerca da solução a ser dada, pelo fato de que, novamente, a intepretação mais técnica levaria a imputação da tentativa de homicídio nessa hipótese, nos mesmos termos daquilo que ocorre na influência ao suicídio de vulnerável que tenta se matar, mas sofre lesões gravíssimas e que foi acima avaliada.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.



Entretanto, diferentemente do que ocorre no caso das lesões gravíssima, na hipótese em análise a imputação do crime de tentativa de homicídio não sofre o óbice da previsão constante no § 6 do art. 122 do Código Penal³⁵. Esse dispositivo, ao falar apenas da lesão gravíssima, exclui a tentativa de homicídio quando esse for o resultado, mas, ao não fazer referência aos casos em que o ato suicida causa apenas lesão grave ou leve, o silêncio permite a adequação da conduta do agente influenciador o crime de tentativa de homicídio, pelo fato de não excluir essa opção.

Apesar desse silêncio da norma, a conclusão subsequente não parece ser a forma mais correta de realizar adequação no caso descrito, pois essa interpretação é insustentável na ótica do princípio da proporcionalidade. No campo do direito penal, o princípio da proporcionalidade é aferido através da ponderação entre a coação que se pretende atingir com a pena e a finalidade da tipificação penal, com a intenção de atingir um equilíbrio entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada³⁶. Ou seja, a proporcionalidade no direito penal consiste na equivalência entre o crime imputado e a pena aplicada, considerando o sistema jurídico penal e a forma de tratamento dispensada às condutas similares.

Trazendo esse ensinamento ao presente estudo, como pode o agente influenciador que leva a tentativa de suicídio causadora de lesões leves ou graves, responder por tentativa de homicídio, enquanto o agente que leva a tentativa de suicídio causadora de lesão gravíssima responder por lesão corporal qualificada. Essa interpretação traz uma evidente desproporcionalidade entre as condutas, os resultados e a consequência jurídica, pois o agente que causa maiores danos à vítima responde de forma mais branda, enquanto o agente que causa menos danos à vítima responde de forma muito mais gravosa.

Para resolver a questão, é necessário observar o princípio da proporcionalidade. Bitencourt³⁷ leciona que o âmbito de aplicação do princípio da proporcionalidade abrange o exercício imoderado de poder, inclusive o poder legislativo no exercício da função legislativa. Sobre o tema Gilmar Mendes afirma que a violação do princípio da proporcionalidade é identificada como típica manifestação do excesso de Poder Legislativo, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins.³⁸

³⁵ Ibid.

³⁶ BITENCOURT, op cit., p. 159-160.

³⁷ Ibid., p. 157-158.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47.



Com base nisso, pode ser constatado que o abuso de poder legislativo pode se revelar nas hipóteses de desproporcionalidade no exercício da função legislativa, excesso que dentro do sistema jurídico brasileiro é controlado por meio do controle de constitucionalidade³⁹.

Contextualizando, deve ser feita uma interpretação conforme a Constituição do art. 122, § 6 do Código Penal⁴⁰, para, com base no princípio da proporcionalidade, afastar a interpretação da norma que permita a imputação de tentativa de homicídio aos casos em que o agente influencia o vulnerável a cometer suicídio, o vulnerável tenta se matar, mas acaba sofrendo lesões graves ou leves.

Deve ser preconizada uma interpretação sistemática, do quadro trazido pela Lei nº 13.968, no sentido de que, se da influência ao suicídio de vulnerável que resulta em lesão corporal gravíssima é imputado o crime de lesão corporal gravíssima, no caso de a tentativa de suicídio levar a lesão grave ou leve, o agente deverá responder por lesão corporal grave ou leve, a depender do resultado.

Um obstáculo a esse entedimento pode ser o argumento de que o legislativo, ao não tratar da lesão corporal grave ou leve, escolheu excluir do âmbito penal os casos nos quais a influência ao suicídio leva a essas consequências relativamente menores. Ocorre que essa interpretação não está em conformidade com o espírito da Lei nº 13.968, cujo principal objetivo foi endurecer o tratamento do crime de participação do suicídio, principalmente quando cometido contra pessoas vulneráveis.

Além disso, os § § 6 e 7 devem ser vistos como normas de cunho eminentemente interpretativos e não como tipos penais autônomos. Com base nisso, apesar de seus ditames não poderem ser ignorados na realização da adequação típica, com o fim de imputar ao agente um crime mais grave do que o previsto na norma interpretativa, da mesma forma, nos casos em que ela não é expressa em determinar o tipo incidente, ela deve servir como parâmetro de interpretação e não como excludente da tipicidade.

Portanto, a melhor opção é a interpretação no sentido de que, na circunstância descrita, deve ser afastada a imputação por tentativa de homicídio, de maneira que o agente deve responder pela lesão corporal grave ou leve, dependendo do resultado causado pelo ato suicida do vulnerável no caso concreto.

De outro lado, na hipótese do agente influenciar o vulnerável a se automutilar, ele tenta realizar a autoflagelação, mas sofre apenas lesões graves ou leves, apesar da existência

³⁹ BITENCOURT, op cit., p. 158.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.



de lacuna legislativa no § 6 do art. 122 do Código Penal⁴¹, que só faz referência as lesões gravíssimas, a conclusão deve ser a mesma acima descrita, no sentido de imputar ao agente a lesão corporal grave ou leve, a depender do resultado.

O último caso a ser analisado é aquele no qual o agente influencia o vulnerável a cometer suicídio e o vulnerável não sofre lesões, seja pelo fato de tentar se matar, ou pelo fato de sequer tentar se matar. Nessa hipótese também há uma lacuna legislativa, que configura o maior problema trazido pela Lei nº 13.968, principalmente se for considerado o espírito da lei.

Tecnicamente há uma tentativa de homicídio. Entretanto, entender que é uma tentativa de homicídio levaria a punição mais gravosa da influência ao suicídio que não gerou qualquer dano à vítima, se comparada a influência ao suicídio que gera lesão corporal gravíssima. Por isso, essa solução deve ser afastada.

Também não pode ser imputado o crime de lesão corporal ao caso apresentado, pois a vítima não sofreu qualquer lesão como decorrência da conduta do agente.

É possível imaginar duas conclusões para resolver essas situações: enquadrar a conduta como participação em suicídio ou adequá-la na tentativa de lesão corporal.

Seguindo a sistemática trazida pela Lei nº 13.968, e do reconhecimento dessa situação fática como hipótese de autoria mediata, e do vulnerável como instrumento do crime mais grave, deve ser afastado enquadramento no tipo da participação em suicídio.

Em conformidade com a ideia trazida pelo § 6, de que o *animus necandi* deve ser desprezado nas hipóteses em que o agente influi o vulnerável a praticar o suicídio, mas a morte não se consuma, dando lugar a adequação da conduta como lesão corporal, deve ser reconhecida a situação narrada como tentativa de lesão corporal.

Diante do efeito do § 6, consistente no desprezo do *animus necandi* nas hipóteses em que o agente influi o vulnerável a praticar o suicídio e a morte não se consuma, e desclassificação da tentativa de homicídio em lesão corporal, com o fim de evitar a impunidade, no momento em que o resultado lesão corporal não se consuma por circunstância alheia a vontade do autor mediato influenciador, seja pela imperícia ou falta de vontade do vulnerável em praticar o autoextermínio, é forçosa a imputação da conduta como tentativa de lesão corporal.

Porém, essa conclusão leva a outro problema: tentativa de praticar qual lesão corporal, gravíssima, grave ou leve? Novamente é necessário recorrer a ponderação com base no

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 1.



princípio da proporcionalidade, afastando a tentativa de lesão corporal gravíssima e grave, para aplicar a tentativa de lesão corporal leve.

Apesar dessa adequação típica ser irrisória diante da gravidade do delito praticado, e da própria finalidade da Lei nº 13.968 no ordenamento brasileiro, outra conclusão não é possível, pois reconhecer como tentativa de lesão corporal grave ou gravíssima levaria a sanção penal mais gravosa de uma conduta que não produziu nenhum resultado, se comparada com a hipótese de influência ao suicídio de vulnerável que causa lesão corporal leve, o que fere o princípio da proporcionalidade.

No caso da automutilação dirigida ao vulnerável que não causa lesões a ele, não há maior controvérsia, pois a lei já realiza a desclassificação para conduta como lesão corporal, de modo que não há maior dificuldade em adequar a situação a tentativa de lesão corporal leve, nos moldes do acima exposto.

CONCLUSÃO

O presente trabalho constatou que a Lei nº 13.968, na ânsia de promover o recrudescimento penal conferido aos crimes de participação em suicídio e automutilação direcionados aos vulneráveis, acabou por criar problemas na imputação e, até mesmo, conferiu um tratamento mais benéfico aos perpetradores dessas condutas.

Pela pesquisa realizada, foi possível constatar que, apesar de em alguns pontos a Lei nº 13.968 ter positivado de forma perfeita o entendimento doutrinário que fundou sua existência, em muitos outros ela falhou, seja pelo fato de dar tratamento insuficiente na tutela dos vulneráveis, conferir uma disciplina desproporcional ao criminoso ou por simplesmente deixar uma lacuna legal acerca da matéria.

Ou seja, a Lei nº 13.968 consegue ser, ao mesmo tempo, mais benéfica e prejudicial, tanto ao criminoso, como às vítimas vulneráveis da sociedade. Apesar disso, seus ditames devem ser respeitados, com base no princípio da legalidade, sem prejuízo de observância das normas constitucionais.

É com base nisso que no capítulo 2 foi estabelecido que, na hipótese de o agente influenciar o vulnerável a cometer suicídio, o vulnerável tenta se matar, mas sofre apenas lesões gravíssimas, apesar da conduta - pela doutrina que fundamentou a Lei nº 13.968, caracterizar tentativa de homicídio - em razão do art. 122, § 6 do do Código Penal e em respeito ao princípio da legalidade, é necessário reconhecer a desclassificação legal da tentativa de homicídio para lesão corporal gravíssima.



Além disso, também como fruto da pesquisa, foi possível concluir que, na hipótese do agente influenciar o vulnerável a se automutilar, mas ele, ao praticar a autoflagelação, morre como consequência do ato, não é possível imputar o crime de homicídio ao agente, sob pena de promover responsabilização objetiva do agente, como preconiza o art. 122, § 7 do Código Penal, razão pela qual deve ser afastada a interpretação literal, com uso da interpretação conforme a Constituição, para reconhecer a existência de um crime preterdoloso, consistente na lesão corporal qualificada pelo resultado morte.

Já no Capítulo 3 foi enfrentada a questão das lacunas legais, envolvendo participação em suicídio e automutilação causadoras de lesões graves, leves ou que não produzem nenhum desses resultados.

No caso do agente que influencia o vulnerável a cometer suicídio, o vulnerável tenta se matar, mas acaba sofrendo lesões graves ou leves, apesar do silêncio da lei, a melhor opção é afastar a tentativa de homicídio, adequando a conduta como lesão corporal grave ou leve, dependendo do resultado causado pelo ato suicida do vulnerável no caso concreto, para novamente evitar a responsabilidade objetiva e ferir o princípio da proporcionalidade.

De outro lado, nos casos em que o agente influencia o vulnerável a cometer suicídio e o vulnerável não sofre lesões, interpretando a situação à luz da disciplina conferida pelos §§ 6 e 7 do art. 122, a adequação da conduta deve ser feita como tentativa de lesão corporal, com o fim de evitar a responsabilidade objetiva e, também, evitar a impunidade aos agentes que praticam essa conduta.

Diante disso, essa pesquisa pretendeu demonstrar que os §§ 6 e 7 do art. 122 do Código Penal não podem ser interpretados pela sua literalidade, mas em conformidade com a Constituição e a doutrina que deu fundamento a Lei nº 13.968, para que se evite o tratamento precário dos vulneráveis expostos aos perigos da participação em suicídio e automutilação pela internet, que está tendo um acréscimo de casos nos últimos anos.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 20 ed. V. 2. São Paulo: Saraiva Educação, 2020,[*e-book*].

_____. *Tratado de direito penal*. 14 ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2014,[*e-book*].

_____. *Tratado de direito penal*. 26 ed. V.1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020,[*e-book*] .

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer do Relator Nº 3 CCJC*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1813340&filenam e=Tramitacao-PL+8833/2017 Acesso em: 10 jul. 2020.



_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848_compilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 14 ed. V. 2. Niterói: Impetus. 2017, [e-book].

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5 ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense. 1979.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal, parte especial*. 36 ed. V. 2. Atualizado por André Estefam. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book].

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 31 ed. V. 2. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, [e-book].

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito penal Brasileiro: parte especial – arts. 121 a 249 do CP*. 3 ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense. 2019, [e-book].



A CRIAÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS POR MEIO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Georgia Arruda de Amorim

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO.
Advogada.

Resumo – o grau de desenvolvimento produtivo e econômico de um país está diretamente ligado à capacidade de geração de riquezas em produtos e serviços. O escoamento da produção depende de uma longa cadeia de negócios jurídicos até sua chegada ao destino final. Com efeito, a desburocratização dessa cadeia de relações comerciais depende de uma legislação emancipada, capaz de preservar a autonomia privada, respaldar a segurança jurídica e atentar para o dinamismo das relações. Tendo em pauta esses fundamentos, o presente trabalho visa a demonstrar que é possível conciliar a legislação existente com a consecução de negócios jurídicos atípicos cujo escopo é o incremento das relações comerciais.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Título Executivo Extrajudicial. Negócio Jurídico Processual. Mitigação da taxatividade dos títulos executivos.

Sumário – Introdução. 1. A prevalência da autonomia privada para firmar o Negócio Jurídico Processual resultando na mitigação da taxatividade do art. 784 do Código de Processo Civil. 2. A liberdade privada, o Negócio Jurídico Processual e a criação de contratos executivos atípicos. 3. Contratos executivos atípicos como propulsores da atividade econômica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem o escopo de discutir a possibilidade de partes de um contrato estabelecerem regras próprias para seus negócios jurídicos. Procura-se demonstrar que princípios basilares do Direito, consistentes na autonomia privada e na liberdade contratual, são pilares suficientes para a formação de títulos atípicos com força executiva.

A intenção é demonstrar que a formação de títulos executivos atípicos pode ser amparada pelo contexto dos negócios processuais inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 190.

Com base na legislação existente e na posição da doutrina pretende-se analisar a viabilidade da matéria ora proposta e defendida, sem necessidade de inovação legislativa tanto do direito material quanto do direito processual.

O impasse surge na Lei Processual que estabelece um rol exaustivo/taxativo de títulos extrajudiciais dotados de executividade. O legislador ao eleger um rol de onze títulos e reservar executividade a outros em leis especiais, retira a liberdade de atuação privada no que desborde o campo delimitado pela lei processual.



Por outro lado, o novo instituto dos Negócios Processuais ampliou a atuação das partes tanto no processo em si, quanto nas relações jurídicas anteriores a esse.

O trabalho busca harmonizar os dispositivos legais com o entendimento da doutrina e jurisprudência, sem olvidar dos princípios norteadores do direito privado, para defender uma solução cuja equação resulte em impulso econômico e em segurança jurídica para as partes.

O trabalho pretende ainda, mensurar eventuais efeitos dos títulos atípicos com força executiva na economia como propulsor e multiplicador de negócios contratuais.

O primeiro capítulo destina-se a estudar o papel da autonomia da vontade privada na formação dos negócios jurídicos e sua eventual influência para mitigar a taxatividade do art. 784 do Código de Processo Civil.

Em sequência, o segundo capítulo analisa o Negócio Jurídico Processual, previsto no artigo 190 do Código de Processo Civil, como base jurídica e fundamento suficiente para a criação de títulos executivos atípicos.

Por fim, o terceiro capítulo traz uma Decisão judicial que pode significar o início da mudança de paradigma e defende o aspecto positivo e multiplicador que os contatos executivos atípicos podem gerar no cenário econômico. Acredita-se no incremento do fluxo de negócios alicerçado na certeza e na celeridade da execução.

O artigo científico é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo porquanto o objeto da pesquisa será analisado e construído por meio de proposições hipotéticas.

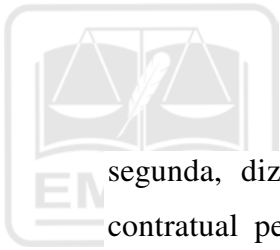
Nesse trilha, a pesquisa é qualitativa uma vez que é escorada em discussão travada pela doutrina clássica e moderna sobre o tema estudado.

1. A PREVALÊNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA PARA FIRMAR O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL RESULTANDO NA MITIGAÇÃO DA TAXATIVIDADE DO ART. 784 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O objeto de estudo tem como foco a relação entre particulares, excluídos os negócios jurídicos entabulados no âmbito das relações de consumo cuja disciplina, reservada ao Código de Defesa de Consumidor, compõe microssistema específico e protetivo regido pela presunção de vulnerabilidade e por cláusulas abusivas.

A fim de alcançar o escopo pretendido, faz-se necessário esse recorte na espécie de negócio jurídico a ser estudado.

A doutrina clássica ensina que o direito de contratar engloba a autonomia em contratar e a autonomia contratual. A primeira se refere à liberdade de contratar ou não. A



segunda, diz respeito à forma com a qual o contrato será estabelecido. A liberdade contratual permite que os contratantes firmem contratos típicos e atípicos. Caso sejam atípicos, há liberdade para estabelecer suas cláusulas: objeto, prazo, modo de cumprimento, sanção por inadimplemento entre outras.

Os contratantes podem estipular livremente, mediante o acordo de vontades, seus interesses exercendo a máxima liberdade contratual com a mínima interferência estatal.

Segundo Maria Helena Diniz¹, o:

[...] poder de autorregulamentação dos interesses das partes contratantes, condensado no princípio da autonomia da vontade, envolve liberdade contratual (*Gestaltungsfreiheit*), que é a de determinação do conteúdo da avença e a de criação de contratos atípicos, e liberdade de contratar (*Abschlussfreiheit*), alusiva à de celebrar ou não o contrato e à de escolher o outro contratante.

Para Orlando Gomes², o princípio da liberdade contratual consiste no poder que os indivíduos têm de declarar sua vontade e suscitar efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica, sendo as partes capazes de provocar o nascimento de um direito ou de uma obrigação.

Fredie Didier³ percebe o direito ao autorregramento como direito fundamental à liberdade, ou seja, é direito que o sujeito possui de regular juridicamente os seus interesses a fim de tutelar sua própria existência.

O direito à liberdade é a gênese da autonomia privada ou autorregramento da vontade, constituindo a verdadeira dimensão da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, é cediço que a liberdade e a autonomia privada sofrem limitações de ordem pública como: a necessidade de licitude do objeto, a atuação com boa-fé objetiva e a ausência de vícios sociais tais como o erro, o dolo, a coação ou a fraude a credores, entre outros.

Embora tais limites sejam necessários porque tutelam interesses públicos, não podem desbordar em protecionismo exacerbado a ponto de cercear ou restringir as relações paritárias.

Partes em igualdade de condições devem poder contratar livremente. Um contrato por elas firmado, ainda que sem previsão taxativa pela lei, o chamado contrato atípico, pode

¹DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 32. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41.

²GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 28.

³DIDIER Jr, Fredie. *Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil*. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1277781/Fredie_Didier_Jr.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2020.

ter seus efeitos pactuados a fim de atingir objetivos comuns, sem perder de vista a função social do contrato.

A executoriedade é atributo ligado ao efeito do negócio jurídico representado em um título ou contrato. O artigo 784 do Código de Processo Civil de 2015⁴ estabeleceu uma lista de títulos extrajudiciais, ou seja, dotados de executoriedade. Significa que, para esses títulos, a lei reserva executoriedade extrajudicial, por meio de ação executiva, dispensando a Fase de Conhecimento do processo e, portanto, abrevia o caminho para a satisfação do crédito nele consignado.

Com o advento do art. 190 do Código de Processo Civil⁵, a liberdade das partes foi ampliada possibilitando o Negócio Processual. Ora, se às partes a lei permite que ajustem entre si a condução do processo – trazendo mais o conceito de colaboração, e menos de adversariedade – desde que não viole regras cogentes de estrita índole pública; porque não permitir o pacto particular do título ou contrato atribuindo-lhes forças executiva mediante acordo privado?

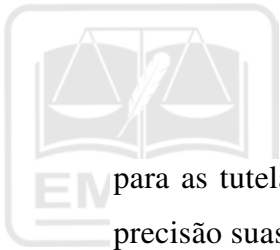
O único óbice estaria na taxatividade imposta pelo art. 784 do Código de Processo Civil⁶, o qual, por mera opção legislativa, houve por eleger um grupo de títulos e contratos cercando-os de formalidade. Por exemplo: o contrato necessita da assinatura de duas testemunhas para que produza efeito de título executivo extrajudicial.

A intenção legislativa, claramente, foi fornecer proteção aos contratantes garantindo previsibilidade às relações jurídicas dessa natureza. Mas é justamente essa pretensa proteção estatal que se questiona no presente estudo. Ora, se as partes são capazes, dotadas de autonomia e com vontade livre de vícios, não carecem da intervenção do Estado

⁴BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁵ Ibid. Art. 190, “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

⁶ Ibid. Art. 784, “São títulos executivos extrajudiciais: I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte; VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio; VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas; XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.”



para as tutelar de maneira a impedi-las de concretizar negócios atípicos que atendam com precisão suas expectativas.

O contrato firmado entre as partes sem a assinatura de duas testemunhas não se enquadra na previsão do art. 784, inciso VII do Código de Processo Civil⁷. Assim, se as partes desejassem pactuar força executiva ao instrumento, estariam impedidas pela letra da lei.

Quanto a esse aspecto, defende-se que a vontade livre e autorregrada, exercida em conjunto para emprestar efetividade ao trato particular específico, pode se concretizar por meio de inserção de cláusula que, expressamente, estabeleça a natureza executiva extrajudicial de um contrato sem assinatura de testemunhas.

No que toca à disciplina dos títulos executivos constantes no art. 784, inciso I do Código de Processo Civil⁸, incumbe ao direito material tratar. Num primeiro momento, o Código Civil⁹ os disciplina de maneira geral e leis especiais minudenciam os institutos afeitos aos títulos empresariais como: cheques, notas promissórias, duplicatas entre outros.

Os contratos em geral são disciplinados pelo próprio Código Civil¹⁰, assim não seria necessário alterar a legislação material para prever o que se propõe porquanto o núcleo dos contratos em espécie mantém-se inalterados. A exclusão da exigência da formalidade, consistente na assinatura de duas testemunhas, trata-se de efeito relacionado à natureza executiva extrajudicial do instrumento.

Nesse passo, o rol dos títulos executivos extrajudiciais do art. 784 do Código de Processo Civil¹¹ precisaria, tão somente, ser interpretado teleologicamente de maneira a ser visto não como um rol taxativo e fechado como hoje é, tampouco exemplificativo; mas ampliativo nos moldes do que aconteceu com o elenco de hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, constante do art. 1.015 do Código de Processo Civil¹².

⁷Ibid.

⁸Ibid.

⁹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹⁰Ibid.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 4.

¹²Ibid. Art. 1.015, “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...)”



2. A LIBERDADE PRIVADA, O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A CRIAÇÃO DE CONTRATOS EXECUTIVOS ATÍPICOS

A fim de traçar raciocínio lógico e sistemático, cumpre analisar a Lei Civil de 2002 conjugando-a com a Lei Processual de 2015.

A Legislação Civilista de 2002¹³ permitiu a criação de negócios jurídicos atípicos. Entretanto, a liberdade conferida é limitada pelas normas de ordem pública e pela função social do contrato. O presente estudo visa a demonstrar que a autonomia privada¹⁴ é capaz de determinar efeitos atípicos a esse contrato, mas para isso, é necessário analisar a natureza dos documentos particulares como instrumentos importantes para reforçar a tese ora defendida.

Percebe-se que a legislação brasileira, tanto a material quanto a processual, não se ocupou em oferecer um conceito de documento particular. Todavia, optou por criar uma presunção relativa no que tange à sua autenticidade.

O documento particular é definido por exclusão, uma vez que será todo documento não proveniente de oficial público no exercício de seu *munus* público; o documento particular decorre da autonomia privada, como fruto da liberdade humana em produzir documentos.

Segundo define Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵:

[...] afigura-se indubioso, outrossim, que a noção de documento particular é de amplo espectro, abarcando infinitas formas e espécies, que não podem ser taxadas exhaustivamente. Demais disso, não apenas escritos, mas, igualmente, outras formas de materialização de acontecimentos, podem ser reputados documentos particulares, [...] daí ser lícita a conclusão de que documento particular é qualquer coisa representativa de um fato, escrita ou não, não emanada de oficial público ou por quem estiver fazendo suas vezes [...].

O dispositivo legal que trata especificamente do documento particular está inserido no artigo 219 do Código Civil¹⁶, e estabelece presunção relativa de veracidade do seu conteúdo. Isso porque o legislador entendeu que, em tese, aquele que assinou o documento particular está dele ciente assim como, com ele concorda. A partir dessa compreensão

¹³ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁴A doutrina moderna de Francisco Amaral, Fernando Noronha e Flávio Tartuce empregam o termo autonomia privada que marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real. Enquanto a autonomia da vontade tem conotação subjetiva e psicológica.

AMARAL; NORONHA apud TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 9. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 534-535.

¹⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 16. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p.863-864.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 9. Art. 219, “As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.”



construída pela lei, aquele que assina o documento particular confirma que as declarações nele constantes são verdadeiras.

A veracidade do documento é fundada na presunção relativa determinada por lei cujo objetivo é emprestar maior segurança e garantia aos negócios jurídicos em geral. O escopo do postulado legal visa não comprometer as próprias relações sociais resultantes da dinâmica da vida negocial.

Desse modo, o legislador conferiu superior importância à assinatura de documentos ao atribuir a responsabilidade de seu conteúdo, textos e declarações, aos subscritores, nos moldes do artigo 410 do Código de Processo Civil¹⁷.

Na esteira dessa compreensão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se no sentido de que “a presunção *iuris tantum* de veracidade do conteúdo de instrumento particular é invocável tão somente em relação aos seus subscritores”.¹⁸

O artigo 425 do Código Civil de 2002¹⁹ prevê expressamente que as partes podem estipular contratos atípicos, desde que observadas as normas gerais fixadas no Código. No âmbito da legislação processual, o art. 190 do Código de Processo Civil²⁰ inovou ao permitir Negócios Processuais, antes ou durante o processo.

A conjunção dessas leis ampliou a autonomia das partes contratantes ao determinar que os Negócios Jurídicos Processuais prescindem de homologação judicial, cuja interferência apenas se dará para fins de verificação da validade do ajuste. A excepcional exigência de homologação pelo juiz vem sempre de forma clara e expressa conforme o art. 200, parágrafo único; art. 357, §2º; art. 862, §2º do Código de Processo Civil²¹.

Nesse passo, a liberdade contratual fundada na autonomia privada pode definir o objeto contratual e poderia definir igualmente a força executiva do instrumento. Contudo, o

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 4. Art. 410, “Considera-se autor do documento particular: I - aquele que o fez e o assinou; II - aquele por conta de quem ele foi feito, estando assinado; III - aquele que, mandando compô-lo, não o firmou porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros empresariais e assentos domésticos.”

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 33.200/SP*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2002_152_cap_PrimeiraTurma.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 9. Art.425, “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

²⁰BRASIL, op. cit., nota 4.

²¹Ibid. Art.200, parágrafo único, “A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.” Art. 357, §2º, Código de Processo Civil “As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.” Art. 862,§2º, Código de Processo Civil “É lícito às partes ajustar a forma de administração e escolher o depositário, hipótese em que o juiz homologará por despacho a indicação.”



rol do art. 784 do Código de Processo Civil²² deve ser mitigado pela força da convenção, ou seja, do *pacta sunt servanda*, com esteio no artigo 190 do Código de Processo Civil.²³

O Negócio Processual trouxe superlativo relevo ao instituto da autocomposição, previsto no art. 3º do Código de Processo Civil²⁴. Com isso, o sistema consagra o empoderamento das partes para a consecução de Negócios Jurídicos Processuais, cujo objeto é o próprio processo em sua estrutura e deslinde. Sob a ótica de um sistema coeso e harmônico, privilegia-se formalmente a solução amigável de conflitos, a chamada justiça negocial.

Tendo em vista esse cenário delineado pela disposição harmônica entre a Lei Civil com a Lei Processual, vem em no ano de 2019 a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica, por meio da Lei nº 13.874²⁵, acrescentar ao Código Civil maior normatização à liberdade contratual ora estudada.

Para tanto, o artigo 421 do Código Civil²⁶ cuidou de extremar a liberdade contratual apontando como baliza apenas a função social do contrato. Já no parágrafo único do mesmo artigo, ressaltou a natureza excepcional da revisão contratual, signo do princípio da intervenção mínima que, em última análise, redundará na autonomia privada.

A função social do contrato, baliza da liberdade contratual, possui duas perspectivas: uma externa e outra interna. A externa que atua sobre a sociedade, a economia, o meio ambiente como forma de irradiação ativa. E como irradiação passiva da função social do contrato há o dever de abstenção das atuações deletérias.

Há, entretanto, e sobretudo vale dizer, uma perspectiva interna da função social dos contratos que se remete à esfera dos próprios contratantes, como se vê no Enunciado 360 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal²⁷: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.”

A sociedade e o Direito desejam que o contrato seja objeto de adimplemento voluntário em tempo, ou na pior das hipóteses, o adimplemento forçado a tempo, o que ocorre, em regra, via judiciário.

²²Ibid.

²³Ibid.

²⁴Ibid. Art.3º, §2º, “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.”

²⁵BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 9.

²⁷BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 360. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/464>>. Acesso em: 30 ago. 2020.



É justamente com vistas à realização do direito à adimplência em tempo razoável que se defende o contrato dotado de força executiva extrajudicial por convenção.

Possível perceber uma nova sistemática processual mais liberal e atenta à efetividade da entrega da tutela jurisdicional, muito embora a estrutura do processo seja eminentemente pública.

O Negócio Jurídico Processual parece surgir de experiências práticas que levaram o legislador optar por prestigiar o resultado concreto e o tempo despendido nos processos, afastando-se da práxis rígida e engessada que cuida mais da forma do que com o objetivo colimado. Verifica-se a ressignificação do processo como meio de obtenção do bem da vida e não como um fim em si mesmo.

Vale dizer que não se pretende discutir a natureza privatista ou publicista do processo. A força motriz do trabalho é lançar luz sobre o instrumento legal já posto à disposição, pela conjugação da norma material e processual, utilizando o poder de autodeterminação das partes, mesmo antes do surgimento de pretensões resistidas, em prol de solução mais célere.

A Lei nº 13.874/2019²⁸ positivou o instituto da liberdade contratual consolidando no art. 113, §1º, em seus incisos do Código Civil²⁹, parâmetros para a interpretação do negócio jurídico. Dentre os parâmetros previstos nos incisos, vale destacar para o presente estudo:

art. 113,

[...]

§1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019),

[...]

III - corresponder à boa-fé; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019);

[...]

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019). [...]

Ora, se às partes é dado negociar os termos do processo por meio de negócios jurídicos processuais e, no âmbito do direito material, celebrar contratos atípicos desde que observados os parâmetros da lei; poderia convencionar seus efeitos.

Dessa forma, de acordo com os permissivos legais vistos, seria bastante que o contrato fosse firmado entre partes capazes, mediante negócio jurídico paritário, presentes

²⁸BRASIL, op.cit., nota 25.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 9.



equilíbrio econômico e jurídico, cujo objeto versasse sobre direito patrimonial e disponível, no exercício da livre e consensual manifestação de vontade. Nesses termos, o contrato poderia prever cláusula expressa atribuindo-lhe força executiva per si, enunciando sua natureza extrajudicial.

Atualmente, o inciso III do art. 784 do Código de Processo Civil³⁰ determina que o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas é um título executivo extrajudicial. A exigência de testemunhas se mostra mais um resquício do protecionismo Estatal do que verdadeiramente uma proteção à função social do contrato ou à parte eventualmente mais vulnerável da avença. Como visto nesse capítulo, o art. 219 do Código Civil³¹ conferiu presunção relativa de autenticidade ao documento privado assinado.

Por outro lado as recentes alterações na Lei Civil e o advento dos Negócios Processuais apontam para a superação dessa exigência meramente formal da assinatura de testemunhas.

Entende-se que um contrato atípico dotado de força executiva por convenção promoveria segurança jurídica, uma vez que haveria celeridade na execução no caso de inadimplência. A possibilidade de dispensar um longo trâmite do processo de conhecimento ofereceria às relações particulares e comerciais uma nova dinâmica, mais compatível e ajustada à velocidade dos negócios e contratos da atualidade.

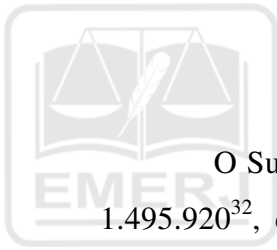
3. CONTRATOS EXECUTIVOS ATÍPICOS COMO PROPULSORES DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Ao longo do presente artigo, vem sendo sustentada a possibilidade de particulares firmarem um contrato e a ele atribuir força executiva. Argumentando-se que a autonomia privada é bastante para afastar o rigor da lei, quanto à exigência de testemunhas, para criar obrigação recíproca de natureza extrajudicial.

Embora a proposta trazida seja desafiadora no que tange à interpretação ampliativa do Código de Processo Civil e sistemática com a Lei Civil, uma pequena fagulha aponta uma mudança de entendimento.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 4.

³¹BRASIL, op. cit., nota 9.



O Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial (Resp) nº 1.495.920³², de 01/08/2018, flexibilizou a taxatividade do rol do art. 784 do Código de Processo Civil³³ porquanto reconheceu a necessidade de adaptação do Direito às transformações sociais e acabou por decidir pela executividade do contrato eletrônico ainda que ausentes as assinaturas de duas testemunhas.

A decisão paradigma reconheceu a possibilidade de verificação da autenticidade do documento por meio da certificação da assinatura digital, efetuada por autoridade certificadora e instituída pela da Medida Provisória nº 2.200 de 2001³⁴. A norma visa a garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em meio eletrônico.

O entendimento desenvolvido nessa decisão do STJ se deu no bojo do Resp nº 1.495.920, sem força de recurso repetitivo, mas é inegável sua importância como primeiro passo para desvincular a exigência de testemunhas ao menos em contratos eletrônicos. Isso porque entender de forma diversa seria um retrocesso a contrariar o espírito da Medida Provisória 2.220/2001³⁵, cujo objetivo é simplificar as relações jurídicas e não burocratizá-las.

Atualmente é possível dizer que o STJ considera o contrato eletrônico, firmado por meio de assinatura digital, um título executivo extrajudicial mesmo sem assinatura de testemunhas.

O julgamento do Resp nº 1.495.920 concluiu que um contrato de mútuo eletrônico celebrado sem a assinatura de testemunhas pode, excepcionalmente, ter a condição de título executivo extrajudicial e, dessa forma, permitir a execução em caso de inadimplência.

Com esse entendimento, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu provimento a recurso da Fundação dos Economiários Federais (Funcef) para determinar o prosseguimento de uma execução, por entender que o contrato firmado eletronicamente e com assinatura digital prescinde da assinatura das testemunhas previstas no artigo 784, III do Código de Processo Civil³⁶.

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1495920*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201495920>>. Acesso em: 13 set. 2020.

³³BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁴BRASIL. *Medida Provisória nº 2.220* de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

³⁵Ibid.

³⁶BRASIL, op. cit., nota 4.



Segundo o relator do caso, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, nem o Código Civil nem o Código de Processo Civil são permeáveis à realidade vigente, em virtude da evolução tecnológica vivenciada nas últimas décadas.

As novas tecnologias introduzidas nas relações comerciais e jurídicas, e a demanda por utilização em massa dessas tecnologias, demandam do Poder Judiciário soluções amoldadas a essa nova dinâmica. Daí o reconhecimento pelo STJ da executividade de determinados títulos, “em face da nova realidade comercial, com o intenso intercâmbio de bens e serviços em sede virtual”.³⁷

O Tribunal destacou que a diferença entre os contratos eletrônicos e os demais consiste no seu formato, cujo requisito de segurança e autenticidade é validado por sistema de chaves de segurança.

Ao reconhecer que a assinatura digital de contrato eletrônico possui legitimidade para certificar a assinatura das partes, e considerar a autoridade certificadora como terceira interessada, considerou a existência dos requisitos para formação do título executivo.

A autoridade certificadora valida a assinatura de certo usuário e, assim, está efetivamente firmando o documento eletrônico e garantindo o sigilo dos dados do documento enviado.

Em face da segurança oferecida por esse novo sistema reconhecido por lei, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou inviável exigir a assinatura de duas testemunhas apenas para preencher o requisito da lei.

De maneira assertiva, ficou assentado que o sistema foi concebido para não necessitar de outros encaminhamentos, como de testemunhas; e, ademais, as assinaturas eletrônicas são utilizadas amplamente em outros meios como no próprio processo eletrônico judicial.

Nas palavras do Ministro Relator Sanseverino³⁸:

[...] a assinatura digital do contrato eletrônico, funcionalidade que, não se deslembre, é amplamente adotada em sede de processo eletrônico, faz evidenciada a autenticidade do signo pessoal daquele que a apôs e, inclusive, a confiabilidade de que o instrumento eletrônico assinado contém os dados existentes no momento da assinatura.[...]

A consequência prática do reconhecimento da exequibilidade de contratos que prescindam de testemunhas é um maior volume de negócios alicerçados pela certeza da

³⁷BRASIL, op. cit., nota 32.

³⁸Ibid.



agilidade executiva. A reboque, alavanca-se a economia do país pelo fomento e incremento comercial decorrentes da desburocratização das relações comerciais.

Todavia, o caso concreto analisado nos autos do Recurso Especial refere-se a um contrato eletrônico, ou seja, firmado por meio de transferência de dados. Significa dizer que as partes sequer se viram ou encontraram-se para celebrar o contrato. O Tribunal Superior considerou a Autoridade Certificadora, por meio da tecnologia de Chaves Públicas, como garantidora da autenticidade do documento, das assinaturas e da confidencialidade.

Com isso percebe-se que o STJ decidiu com muita cautela, mitigou a taxatividade da Lei Processual para harmonizá-la com a Lei de Infra-Estrutura de Chaves Públicas³⁹ ao entender que a Autoridade Certificadora seria a “testemunha” necessária para considerar o contrato um título executivo extrajudicial.

O Judiciário, atuando na vanguarda, possui o papel de interpretar a legislação de acordo com o momento social, instrumentalizar e oferecer solução para as lides emergentes.

O arcabouço legal já está posto, o que permite o pleno exercício hermenêutico pelo aplicador natural, ou seja, a atuação do magistrado alinhada ao desenvolvimento das relações sociais, e suas constantes mudanças.

Com efeito, a assinatura de duas testemunhas em instrumento particular para que só assim seja considerado título com força executiva, é exigência que em breve deverá ser afastada em prol do desenvolvimento do Direito negocial.

CONCLUSÃO

O escopo do presente artigo foi demonstrar a possibilidade de as partes exercitarem o direito ao autorregramento da vontade para estabelecer contratos atípicos, seja pelo permissivo contido nos Negócios Processuais, seja pelo novo vetor estabelecido pela chamada Declaração da Liberdade Econômica.

Ao longo do trabalho demonstrou-se a plausibilidade da criação de contratos sem assinatura de testemunhas, como determina o Código de Processo Civil, mitigando o rol do art. 784.

A marcha de aprimoramento do Direito ao longo da história aponta para a concessão de maiores liberdades aos particulares. Cada vez mais, a experiência mostra que não cabe ao Estado super-regrar as relações sob pena de engessar negócios privados e tolher

³⁹BRASIL, op. cit., nota 34.

a autonomia privada. Além disso, a velocidade da mudança social nunca é acompanhada em tempo pela capacidade de elaboração de leis que disciplinem novas situações fáticas.

A pesquisa mostrou que a autonomia privada está ligada ao direito à dignidade da pessoa humana. E, com tamanho status, não pode ser relegada à questão de somenos pelos magistrados cuja atuação institucional impõe o protagonismo no impulso da adequação normativa às necessidades sociais.

Por meio da recente lei da Declaração da Liberdade Econômica, verificou-se que a atuação legislativa pretendeu conceder maior liberdade aos particulares e, nesse trilho, conter a intervenção Estatal. Isso porque a redução de formalidade e de burocracia favorece o desenvolvimento de uma sociedade emancipada, capaz de decidir paritariamente sobre os negócios avançados.

A evolução de uma dada sociedade e seu desenvolvimento econômico apóiam-se em sua capacidade de gerar riquezas, pela produção e transformação de bens. O papel do Estado é crucial como fomentador e facilitador de um ambiente de segurança visando o desenvolvimento dos necessários negócios para escoamento dessa produção.

Nessa esteira, a base argumentativa do trabalho demonstrou a existência de fundamento jurídico que autoriza a realização de negócios jurídicos executivos atípicos.

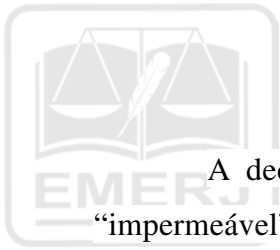
O estudo trouxe a tônica nos contratos com força executiva porquanto são capazes de oferecer solução mais célere e efetiva em situações de descumprimento, e com isso fortalecer a cadeia de relações particulares e empresariais.

Verificou-se que a agilidade na execução é o que se espera nas trocas em uma sociedade de consumo. As partes não desejam passar anos envolvidas em ações de cobrança, com imenso desperdício de tempo e dinheiro. O contrato executivo por convenção é a resposta que abrevia o percurso processual, incentiva outros negócios em sequência e, diga-se, serviria até de estímulo à contratação pelos mais conservadores.

Possível concluir que a Lei da Liberdade Econômica combinada ao Instituto dos Negócios Processuais convergem para o desenvolvimento das relações contratuais, uma vez que franqueia autonomia aos particulares e contenção ao Estado.

A normatização do tema caminhou bem ao prestigiar mais do que nunca o princípio da função social do contrato. Tanto no seu aspecto interno quanto no externo.

Verificou-se que, muito embora, o Superior Tribunal de Justiça tenha reconhecido a executividade de contrato firmado por via eletrônica sem as duas testemunhas, o considerou de forma excepcional. O Judiciário caminha para aceitar a inspiração das normas estudadas como fundamento suficiente à formação de títulos executivos.



A decisão foi marcada pela afirmação contundente de que o normativo civil é “impermeável”, em estrita demonstração de que o Poder Judiciário busca uma interpretação teleológica dos dispositivos estudados.

Por fim, espera-se que o presente trabalho contribua para uma análise combinada das normas já positivadas a fim de avançar sobre conceitos estanques, dando-lhes a dinâmica necessária a evolução dos negócios jurídicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. *Enunciado nº 360*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/464>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Medida Provisória nº 2.220* de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1495920*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201495920>>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 33.200/SP*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2002_152_capPrimeiraTurma.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. Disponível em <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1245317/Fredie_Didier+Jr_%26_Antonio_do_Passo_Cabral.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 32. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 16. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 9. ed. São Paulo: Método, 2019.



RESPOSTAS CONSTITUCIONAIS AO DISCURSO DE ÓDIO RELIGIOSO NA REALIDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

Gustavo Soares Maia

Graduado em Direito pela
Universidade Federal do Rio de
Janeiro. Advogado.

Resumo – a liberdade de expressão e a liberdade religiosa constituem conquistas de importância central à construção das democracias. A escalada de ódio a que se encontra submetida a sociedade brasileira suscita, no entanto, controvérsias acerca da possibilidade de se restringir o *hate speech*. Propõe-se abordar as respostas constitucionais aptas a tutelar tanto aquelas sobrepostas liberdades, quanto a dignidade humana, investigando-se as formas de restrição possíveis ao discurso de ódio religioso quando se leva em consideração diversos aspectos da realidade brasileira.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Liberdade de expressão. Liberdade religiosa. Discurso de ódio. Democracia deliberativa.

Sumário – Introdução. 1. O discurso de ódio religioso sob o prisma da teoria constitucional de Jeremy Waldron. 2. O discurso de ódio religioso sob o prisma da teoria constitucional de Ronald Dworkin. 3. O discurso de ódio religioso e as peculiaridades da realidade brasileira. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica objetiva discutir os possíveis limites ao discurso de ódio religioso no bojo de uma democracia constitucional como a brasileira, a qual tem como alguns de seus pilares a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e a dignidade humana.

Dentre as manifestações de ódio verificáveis na sociedade brasileira, uma se alteia de forma especialmente instigante pelas consequências que dela se observa. O *hate speech* religioso tem se mostrado um fenômeno especialmente complexo pela imbricação entre a liberdade de expressão e a liberdade religiosa, justaposta ao relevante significado que as doutrinas religiosas apresentam na psique do indivíduo crente.

Em vista do ambiente de convulsão social e escalada de ódio a que a sociedade brasileira se vê submetida, bem como a onda de ataques às liberdades constitucionais, é imperioso se examinarem as respostas jurídicas erigidas em sede doutrinária, a fim de se avaliar a conformação dessas com as particularidades da sociedade brasileira. Assim, sob

o prisma da nossa realidade, diversificada e pluralista — como tem sido uma propriedade das sociedades pós-modernas —, é que o exame da ocorrência do discurso de ódio religioso mostrar-se controverso. Também acerca dele, com suas vicissitudes, serão relevantes as teses dos estudiosos da ciência jurídica no empreendimento de se verificar sua compatibilidade com a democracia constitucional e seus princípios basilares.

Dessa forma, analisa-se no primeiro capítulo a posição doutrinária de Jeremy Waldron, professor da Universidade de Nova York, acerca da tutela constitucional do discurso de ódio religioso e suas possíveis restrições em consonância com uma democracia constitucional.

Na sequência, no segundo capítulo, examina-se o entendimento de Ronald Dworkin, também professor da Universidade de Nova York, sobre a questão, cotejando suas diferenças com as posições de Waldron.

Por fim, o terceiro capítulo busca perscrutar exemplos de casos advindos da realidade brasileira, investigando-se os possíveis efeitos da aplicação daquelas posições à configuração sócio-cultural do país.

O discurso de ódio religioso baseia-se, muitas vezes, em doutrinas religiosas (ou, como chama John Rawls, “doutrinas abrangentes”) e, portanto, poderia ser colocado também sob a tutela da liberdade religiosa, além da liberdade de expressão. Sabendo-se, no entanto, que essas liberdades públicas não são absolutas, indaga-se: de que forma devem-se operar restrições em consonância com os fundamentos de uma democracia constitucional, fundada na dignidade humana? Além disso, os traços peculiares da realidade brasileira contemporânea devem ser levados em consideração no exame das respostas constitucionais propostas pela dogmática jurídica (Ronald Dworkin e Jeremy Waldron) acerca do tema? Grupos hegemônicos devem receber respostas constitucionais diversas, com base no princípio da igualdade (tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade)?

O estudo vale-se do método hipotético-dedutivo, na medida em que se intenta reconhecer um conjunto de proposições hipotéticas, o qual se acredita ser viável e adequado para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-lo ou rejeitá-lo argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, uma vez que se pretende lançar mão da bibliografia pertinente à temática em foco — principalmente as obras de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin — para sustentar a sua tese.



1. O DISCURSO DE ÓDIO RELIGIOSO SOB O PRISMA DA TEORIA CONSTITUCIONAL DE JEREMY WALDRON

O fenômeno do discurso de ódio movimentava as bases da estrutura social, seja por sua ocorrência, seja pelas consequências que dele advêm. Não por acaso, a investigação dogmática de Jeremy Waldron situa-se na compatibilidade dos discursos de ódio com a ideia de “sociedade bem-ordenada”, advinda da concepção teórica de John Rawls¹. Dessa forma, para Waldron, importa saber, inicialmente, com que a sociedade bem-ordenada se parece, do ponto de vista prático². Na sua compreensão, isso importa porque a aparência da sociedade “é uma das formas primárias de transmitir garantia aos membros dela acerca de como serão provavelmente tratados”³. Partindo dessa elucubração, centra-se ele na possibilidade de a sociedade bem-ordenada admitir ou não o discurso de ódio.

Dessa maneira, em resposta à indagação acerca da possibilidade de o discurso de ódio ser tolerado na sociedade bem-ordenada, sustenta Waldron que uma sociedade não pode ser bem-ordenada se os cidadãos defendem o ódio racial ou religioso. Para ele, a ideia de uma sociedade bem-ordenada associa-se com a ideia de uma sociedade que aceita ser governada de forma efetiva pelas concepções de justiça⁴, o que se incompatibiliza de plano com a disseminação do ódio.

Baseando-se naquela incompatibilidade, Waldron, ao atestar que não se vive em sociedades bem-ordenadas, propõe um tipo de intervenção legislativa. Sem embargo, não deixa de especular ele que naquelas comunidades ideais a lei não seria necessária, posto que os próprios cidadãos, por sua consciência, não vislumbrariam motivação para expressarem-se sob a forma de discurso de ódio. Assim, a lição que deve ficar às sociedades não-ideais é a de que o *hate speech* deveria ser extirpado, idealmente, não por um empreendimento coercitivo, de limitação à livre expressão, mas sim em razão de uma

¹ A noção de sociedade bem-ordenada, segundo Rawls, regula-se por uma “concepção pública de justiça” e define a “ideia organizadora central da sociedade como um sistema equitativo de cooperação”. A sociedade bem-ordenada rege-se, assim, por três aspectos: o primeiro diz respeito à aceitação, por todos os membros da comunidade, dos mesmos princípios de justiça política; o segundo, à aceitação daqueles mesmos princípios de justiça (também chamados por ele de “concepção pública de justiça”) por parte das instituições políticas e sociais — chamadas por ele de “estrutura básica da sociedade”. E, por fim, o terceiro liga-se ao fato de que os cidadãos têm, na sociedade bem-ordenada, “um senso que lhes permite entender e aplicar os princípios de justiça publicamente reconhecidos”. RAWLS, John. *A justiça como equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 217-218.

² A pergunta de Waldron nessa investigação é: “*What does a well-ordered society look like?*”. WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012, p. 65.

³ *Ibid.*, p. 82. Tradução livre.

⁴ *Ibid.*, p. 77-78.

mudança que passa pela educação pública e por uma “resposta efetiva ao discurso de ódio no mercado das ideias”⁵.

Para sustentar sua proposta, Waldron perfilha que a regulação do *hate speech* está associada a dois argumentos principais: a legitimidade democrática e a proteção à dignidade, no sentido do direito básico do indivíduo de ser considerado membro de boa reputação da sociedade — e o pertencimento a um grupo minoritário não deve desqualificar esse indivíduo da interação social ordinária⁶.

No que toca à preservação da dignidade, Waldron faz uma importante distinção entre proteção da dignidade e a proteção à ofensa. Na visão do Professor neozelandês, a ofensa não se encontra no escopo de proteção das leis reguladoras de discurso de ódio, uma vez que o propósito delas não é protegê-la. Inerentemente, aduz, a ofensa é uma “reação subjetiva”, que se traduz sob a forma de sentimentos à pessoa atingida, como dor, raiva, vergonha e ressentimento, e, nessa toada, a proteção legal seria em verdade uma pretensa proteção de efeitos sobre os sentimentos humanos⁷.

Opostamente, a proteção à dignidade não diz respeito a sentimentos; está, a bem dizer, relacionada a aspectos objetivos, que em boa medida se perfazem na reputação e no *status* que qualquer indivíduo ostenta no meio social (e que estão, por óbvio, associados estritamente a sua condição humana, e não a fatores exógenos irrelevantes, como os econômicos). Nesse sentido, de acordo com Waldron, a dignidade enquanto apoio social é o que fornece às pessoas uma base de tratamento decente e respeitosa⁸. Preocupa-se ele, ademais, em dirimir uma eventual vagueza a que o conceito poderia estar sujeito, posto que variável em relação a quem o utilize do ponto de vista teórico. Sob sua concepção, a dignidade é tida, pois, como um termo de *status* — o *status* como um bem público a que faz jus o indivíduo nas inúmeras interações de sua vida social⁹.

Dessa forma, em sua visão, discursos de ódio que atentem contra a dignidade de grupos devem sofrer restrições legais, uma vez que nesses casos não são reações subjetivas que estão em jogo, mas sim, como se aludiu, o *status* que ostentam determinados indivíduos no meio social, e que acaba por se tornar afetado ou reduzido em virtude daquelas manifestações.

⁵ Ibid., p. 78.

⁶ Ibid., p. 105.

⁷ Ibid., p. 106-107.

⁸ Ibid., p. 107-108.

⁹ Ibid., p. 141-142.



No que toca ao discurso de ódio religioso, especificamente, Waldron ressalta que a distinção entre indignidade e ofensa não basta para o fim da limitação das regulações legais nessas hipóteses. Dessa forma, erige uma nova distinção, cumulativa, atinente ao fenômeno religioso, buscando separar o “ataque por se professar determinada religião” do “ataque a determinada doutrina religiosa”. Ciente da relevância da religião ao indivíduo crente, o teórico sustenta que discursos de ódio motivados pelo fato de se professar determinada crença atingem a dignidade daqueles que nela creem, e, portanto, devem se submeter às conformações legais. Os discursos que atingem as doutrinas religiosas em si, contrariamente, não têm potencial lesivo para acertar a dignidade humana, conquanto possam ser capazes de causar ofensa — e os sentimentos porventura dela decorrentes: dor, humilhação, ressentimento etc.

Nesse ínterim, Waldron lembra que a finalidade das “leis de discurso de ódio” ao redor do mundo centra-se na proteção do indivíduo, ou dos indivíduos, que compõe certo grupo, e não do grupo em si, como “ente” — embora pessoalmente não ache inapropriado se falar em dignidade do grupo. No caso das confissões, não estão no espectro protetivo legal, em relação ao *hate speech*, a dogmática e as entidades sobre as quais elas estão fundadas, como estariam nas leis contra a blasfêmia, por exemplo. Entretanto, objeta ele que a tese de que existiria uma associação tão íntima e estreita entre indivíduo e sua crença (o que ele chama de “identidade”) vem a tornar, ou poderia vir a tornar, mais dificultosa a distinção entre o ataque à confissão e o ataque ao indivíduo. Waldron, então, fugindo daquela difícil celeuma, nega que exista esse tipo de identidade e perfilha, talvez por conveniência para sustentar sua tese, que ela seria apenas “uma irresponsável tentativa¹⁰” de parte dos indivíduos, grupos e comunidades de reivindicar mais proteção do que têm direito.

O caso das ilustrações do jornal dinamarquês *Jyllands-Posten* ajuda na leitura feita por Waldron acerca do discurso de ódio religioso. Em 30 de setembro de 2005, o referido periódico publicou uma charge representando¹¹ — ou menos assim foi interpretada — o profeta Maomé com um turbante em forma de bomba, sendo essa uma

¹⁰ Ibid., p. 131. Tradução livre.

¹¹ Em entrevista ao *El País*, em 2010, o cartunista Kurt Westergaard, autor da ilustração, afirmou: “Fiz a charge sem pensar nem remotamente que uma loucura como esta [protestos] poderia se desencadear. Limitei-me a utilizar a velha bomba anarquista, como metáfora do terrorismo, e logo fiz esse rosto, que nem sequer era de Maomé, ainda que tenha sido interpretado assim. Depois acrescentei a inscrição em árabe, ‘não há Deus além de Alá e Maomé seu profeta’”. UOL. *Cartunista dinamarquês autor de charge sobre Maomé conta como mudou sua vida*. Disponível em: <<https://noticias.bol.uol.com.br/internacional/2010/02/28/caricaturista-dinamarques-autor-de-charge-sobre-maome-conta-como-mudou-sua-vida.jhtm>>. Acesso em: 12 mai. 2020.



das doze ilustrações veiculadas por aquele jornal. Entende Waldron, aplicando os critérios erigidos em sua teoria, que, por si só, as ilustrações podem ser consideradas apenas como uma crítica ao Islã, contribuindo, e.g., para o debate acerca da conexão entre os ensinamentos do Profeta e o *jihadismo* moderno, mas não como uma injúria aos muçulmanos. Essa hipótese, segundo ele, poderia ser verificada, por exemplo, se as charges sugerissem que os muçulmanos apoiavam a violência política e religiosa, o que não era o caso¹².

A liberdade religiosa, para Waldron, é também a liberdade de ofender, e reclama, do mesmo modo, para o resguardo desse direito, que aqueles que ofendem devem continuar a ser considerados cidadãos e a ter seu *status* preservado, inclusive por leis que proíbam a mobilização de forças para excluí-los¹³. Contudo, o desbordamento dessa conduta a ataques à dignidade de fiéis de uma certa confissão incompatibiliza-se com a proteção ao discurso naquela outra situação e deve ser reprimido.

2. O DISCURSO DE ÓDIO RELIGIOSO SOB O PRISMA DA TEORIA CONSTITUCIONAL DE RONALD DWORKIN

A discussão envolvendo o discurso de ódio, por contrapor direitos intimamente ligados à noção de civilização, encontra argumentações tão complexas quanto antagônicas. Ronald Dworkin¹⁴ também se debruça sobre o tema, identificando-o como uma importante questão contemporânea. Conhecido opositor das ideias de Waldron, constrói ele sua argumentação em favor da liberação do discurso de ódio partindo da noção de uma liberdade ampla de expressão, concebida como um “direito humano universal”¹⁵ intrinsecamente amalgamado ao princípio democrático.

Na leitura do teórico, a condição de “direito básico”¹⁶ de que é dotada aquela liberdade fundamental não se associa, como enunciou Stuart Mill, à missão de fazer revelar a verdade ou a qualquer outra consequência. Para Dworkin, esses “argumentos

¹² WALDRON, op. cit., p. 126. Waldron reage ao argumento de que a associação da figura do Profeta Maomé com o terror tende a reduzir o *status* social da identidade muçulmana à medida que aplica um estigma negativo de acordo com o qual o terror é parte integrante do Islamismo. Para ele, em casos limítrofes, onde há uma linha tênue desenhada, a lei deve permanecer do lado liberal — que nesse caso é o de não proibir a veiculação das charges, que ataca a doutrina e as entidades associadas a ela.

¹³ Ibid., p. 130.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (eds.). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. VI

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid., p. VII. “*basic right*”.



instrumentais”¹⁷ não são suficientes para fundamentar a liberdade de expressão sob aquela qualidade; de sua perspectiva, a centralidade daquele direito está no fato de seu fundamento corresponder, em verdade, à dignidade humana. Dessa forma, ilustra, é ilegítimo que o Estado aplique uma medida em “pessoas dissidentes”¹⁸, a menos que essa decisão tenha sido tomada de forma a respeitar o *status* de cada indivíduo como “membro livre e igual da comunidade”¹⁹, e, portanto, investido no direito de participar das deliberações. A transgressão ao direito de livre pensamento viola, por conseguinte, a dignidade humana.

Na visão de Dworkin, não apenas os argumentos políticos repercutem nas deliberações públicas; também é igualmente importante o “ambiente moral e cultural — a mistura de opiniões, preconceitos, gostos e atitudes”²⁰. A supressão do discurso de ódio, então, entende, mostra-se incompatível com esse ideário e transgredir o preceito democrático e o preceito igualitário. O ingresso do discurso discriminatório no “ambiente moral” não quer significar, contudo, que se deve tolerar a discriminação e nada fazer diante dela. De acordo com ele, “devemos proteger as mulheres, os homossexuais e os membros dos grupos minoritários das consequências específicas e danosas do sexismo, da intolerância e do racismo”²¹, mas, adverte, essa proteção não deve se dar pela via da “proibição de qualquer expressão das atitudes ou de preconceitos que acreditamos que nutrem esta injustiça [*unfairness*] ou desigualdade”²².

Traçadas as premissas gerais de seu pensamento, há que se examinar as considerações que faz o pensador acerca do discurso de ódio religioso. Isso porque o argumento usual é o de se reclamar um tratamento diferenciado exatamente em razão do papel desempenhado pelas confissões na existência do ser humano crente. Dworkin assevera, no entanto, que fazer uma exceção apenas às religiões e aos “insultos religiosos”²³ colocaria em risco a própria proteção do livre exercício da religião de outras formas. As religiões, segundo ele, devem observância, como qualquer outra instituição, aos princípios democráticos — e não o contrário. Não está facultado às religiões julgar o limite da liberdade que é conveniente a uma democracia.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid., p. 206.

²² Ibid.

²³ Ibid.

Dworkin, assim como Waldron, também examina o caso das ilustrações publicadas pelo jornal dinamarquês *Jyllands-Posten*. Na sua leitura, os muçulmanos detêm um direito de não-discriminação, mormente no que diz respeito à errônea associação entre Islamismo e terrorismo. Entretanto, não se alberga nesse direito a possibilidade de limitação dos discursos que possam vir a defender que efetivamente existe aquela associação ou mesmo o não reconhecimento do direito de certas revistas de publicar esse tipo de manifestação²⁴. Assim:

Se queremos proibir a polícia de investigar [*profiling*] pessoas que se parecem ou que se vestem como muçulmanos para revistas especiais, por exemplo, não podemos também proibir as pessoas de se oporem a esta polícia ao afirmarem, em *cartoons* ou em outros lugares, que o Islã é comprometido com o terrorismo, independentemente de quão equivocado pensemos que esta opinião é.²⁵

Dworkin propõe, nesse sentido, uma defesa quase irrestrita dos intolerantes, a qual se baseia em duas premissas. A primeira delas é construída sobre o fato de que, para ele, os emissores de *hate speech* já aceitaram as regras democráticas. A segunda diz respeito ao fato de que os indivíduos prolores desse tipo de manifestação são minoritários e não virão a se tornar maioria. Essas premissas tentam — e, de fato, parecem ter ficado apenas no campo da tentativa pouco exitosa — oferecer uma resposta ao argumento de que o discurso de ódio traria nefastas consequências à democracia, como temos verificado, empiricamente, inclusive, na realidade brasileira. Dworkin, então, minimizando essas questões, intenta mostrar que, mesmo com essas manifestações, o princípio democrático mantém-se hígido, isso se não fortalecido²⁶.

Seu entendimento acerca do tema, diverso da tradição germânica — e também brasileira —, mostra-se consentâneo à proteção constitucional conferida à liberdade de expressão no ordenamento jurídico estadunidense, a qual encontra resguardo na clássica limitação ao poder estatal instituída pela Primeira Emenda (a “apoteose da postulação clássica do liberalismo²⁷”), que preceitua que “o Congresso não editará nenhuma lei (...)

²⁴ ROSA, Leonardo Gomes Penteado. *O Liberalismo Igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*. 2014. 274 f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 208.

²⁵ DWORKIN, Ronald. The Right to Ridicule. *The New York Review of Book*, New York, 23 de março de 2006, v. 53, n° 5. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/>> Acesso em: 09 ago 2020. Tradução compatibilizada com a oferecida por Leonardo Gomes Penteado Rosa (ROSA, 2014).

²⁶ DWORKIN apud FORANI, Cristina. Democracia e Discursos de ódio religioso: o debate entre Dworkin e Waldron sobre os limites da tolerância. *Ethic@*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 174 -197, dez. 2015.

²⁷ *Ibid.*, p. 33.



limitando a liberdade de expressão, ou de imprensa²⁸”. Exatamente pelo peso atribuído à liberdade de expressão é que a Suprema Corte norte-americana, historicamente, tem conferido maior proteção a esse direito, quando ponderado com contravalores diversos. Contemporaneamente, o que se tem observado é que os princípios contrapostos suscitam controvérsias maiores e afastam as possibilidades de consenso, por sua “incomum e imperativa qualidade²⁹”. No caso do *hate speech* está contraposto o valor dignidade humana e, mais especialmente, o valor igualdade³⁰ — muito caro ao liberalismo norte-americano. O entendimento da Suprema Corte, entretanto, segue amparando o valor liberdade de expressão, e considera como inconstitucionais as restrições aos discursos que exprimam conteúdos considerados extremos ou hediondos. Isso porque, de acordo com aquele posicionamento, não cabe ao Estado exercer juízo de valor acerca do que é veiculado pelos emissores³¹, de modo a prestigiar um tipo de discurso (e as ideias nele contidas), em detrimento de outro, ainda que se possa considerá-lo atroz.

3. O DISCURSO DE ÓDIO RELIGIOSO E AS PECULIARIDADES DA REALIDADE BRASILEIRA

A complexidade da constituição do tecido social brasileiro se alteia como um fator decisivo para a análise do discurso de ódio em nossa realidade. Isso porque não é possível analisar hermeticamente certas construções teóricas sem que se considere os elementos empíricos nos quais elas podem ser aplicadas.

Tem-se verificada no país uma escalada de ódio e ataque às liberdades constitucionais — sobretudo à liberdade artística e de imprensa —, num ambiente que velozmente vem se tornando quase insalubre. Além desse traço contemporâneo, é preciso considerar-se sempre que a construção social brasileira se deu a partir de um passado colonial, tipicamente exploratório e escravocrata, e por isso fundado no mais repulsivo racismo como elemento constitutivo³². As consequências desses fenômenos são um

²⁸ “Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press”. Tradução livre.

²⁹ FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 37

³⁰ Consubstanciada na Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana, daí a maior substancialidade no que toca à ponderação de valores.

³¹ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do Discurso do Ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e Americano. *Revista de Direito Público*, Brasília, n° 15, p. 117-136, jan-mar. 2007.

³² SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 36



presente de desigualdade social aguda, violência e manutenção de ideais patrimonialistas e dos privilégios que deles advêm.

É certo também que as religiões dominantes sempre tiveram ativa participação na manutenção desse *status quo*. Como observa Sidnei Nogueira, “o Brasil, como sociedade ocidental, não nasceu como uma democracia religiosa”³³. Com um breve retrospecto de nossa constituição historiográfica pode-se perceber que “a intolerância religiosa e a farsa da laicidade têm como origem o colonialismo”³⁴, na medida em que “desde a invasão pelos portugueses, a religião cristã foi usada como forma de conquista, dominação e doutrinação, sendo a base dos projetos políticos dos colonizadores”³⁵.

Entre 2015 e o primeiro semestre de 2019, o Brasil registrou 2.722 casos de intolerância religiosa — uma média de 50 por mês e de uma denúncia a cada 15 horas, conforme dados do extinto Ministério dos Direitos Humanos, consolidados por sua atual conformação³⁶. Não por acaso, a maior parte desses ataques se dá contra religiões de matriz afro-brasileira³⁷, minoria historicamente subalternizada.

Na base da intolerância está o discurso de ódio. Por esse motivo, de acordo com o entendimento de Daniel Sarmiento³⁸, a ocorrência do *hate speech* somente prejudica o saudável funcionamento do processo democrático dentro das democracias deliberativas. Isso porque, aduz ele, desse tipo de manifestação derivam, inexoravelmente, dois tipos de efeito: um tipo de reação violenta ao revide do desagrado ou o efeito silenciador aos afetados pelos conteúdos veiculados. Perfazendo-se a primeira consequência, o resultado que se tem é a deflagração de uma “verdadeira guerra no espaço público, em que a política ver-se-ia reduzida ao modelo de Carl Schmitt, de batalha entre inimigos”³⁹. Do efeito silenciador, advém exatamente a retração de certos grupos, que deixam de oferecer seu contributo às discussões públicas, em decorrência da opressão e da humilhação. A intimidação desses setores, assevera, repercute não só neles próprios, como também no

³³ NOGUEIRA, Sidnei. *Intolerância Religiosa*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2020, p. 51

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ BRASIL. Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos. *Balanço Geral de 2011 ao 1º semestre de 2019 – Discriminação Religiosa*. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-aocidadao/ouvidoria/balanco-disque-100>. Acesso em: 10 ago. 2020.

³⁷ “Das 756 denúncias de 2016, mais uma vez uma quantidade expressiva não possui religião informada (478) e foram 178 de CTTro [Comunidades Tradicionais de Terreiro]; em 2017, das 537, pouco mais da metade não informa a denominação-origem da denúncia (275), com 145 denúncias de CTTro; em 2018, os números praticamente de mantêm: 506 denúncias, dentre as quais 261 sem religião informada e 152 de CTTro.” NOGUEIRA, op. cit., 2020, p. 37.

³⁸ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: _____ (org.). *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 208.

³⁹ Ibid., p. 238.



direito de toda a comunidade de ter acesso a um debate plural e rico de manifestações. Por isso, a vedação ao *hate speech* não é em si o cerceamento à pluralidade; os efeitos dessas manifestações, na inteligência do Professor, é que são prejudiciais à pluralidade⁴⁰.

Ora, qualquer tipo de condescendência com o discurso de ódio sob a justificativa de que estaria amparado pela liberdade religiosa implicaria, no Brasil, na reafirmação do silenciamento das minorias historicamente prejudicadas, as quais devem receber, inclusive, tratamento mais protetivo, dada sua condição de vulnerabilidade na esfera pública. Um exemplo prático ilustra isso.

A Associação Nacional de Mídia Afro apresentou representação ao Ministério Público Federal, por meio da qual informou acerca da veiculação de vídeos, sob o domínio do site *YouTube*, contendo discurso de ódio e intolerância contra religiões afro-brasileiras. Os vídeos, conforme relatou aquele ente, continham manifestações de membros da igreja evangélica “Universal” promovendo a associação entre aquelas religiões à figura “do ‘diabo’ e a tudo de mal que a ele possa estar ligado, muito embora ‘diabo’ ou ‘demônios’ sequer façam parte do universo das religiões de matrizes africanas”⁴¹.

O Ministério Público Federal, então, após analisar as imagens, e entendendo que elas efetivamente veiculavam conteúdo de ódio, preconceito, intolerância e violência⁴², ajuizou Ação Civil Pública em face de Google Brasil Internet Ltda., que controla o aludido sítio, pleiteando a exclusão definitiva dos vídeos — dezesseis ao total —, determinando-se, ademais, que a ré adotasse as medidas necessárias para inviabilizar sua possível reintrodução na rede mundial de computadores; pleiteou, ainda, a condenação da ré por danos morais coletivos. A peça do *Parquet* federal veiculou, também, pedido de antecipação dos efeitos da tutela alusivo à exclusão do material videográfico. O juízo da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro indeferiu o pleito de tutela antecipada, entendendo que havia, *in casu*, a concorrência das liberdades de opinião, religiosa e de reunião, e não sua colisão, e, de forma absurda, especulou que as crenças africanas não podem ser consideradas como religião e estariam, portanto, fora do escopo protetivo próprio dessas.

A 7ª Turma Especializada daquele Egrégio Tribunal reformou a decisão aludida. O acórdão, de relatoria do Desembargador Roy Reis Friede, consignou em sua

⁴⁰ Ibid., p. 238-239.

⁴¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Ação Civil Pública nº 0004747-33.2014.4.02.5101. In: *Conselho Nacional Do Ministério Público: Ministério Público em defesa do Estado Laico*. Brasília: CNMP, 2014.

⁴² Ibid.



fundamentação que o conflito estabelecido, *in casu*, entre a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e a dignidade humana é apenas aparente. Isso porque, na inteligência daquele órgão julgador, o discurso de ódio não se submete à proteção constitucional conferida à liberdade de expressão. Nesse sentido, a dignidade humana é o valor prevalente ainda que necessário fosse o manejo da ponderação de interesses.

A Turma, baseando-se em precedente julgado pelo Supremo Tribunal Federal e no entendimento importado do direito comparado, assumiu o posicionamento de que a liberdade de expressão encontra limite no princípio da dignidade humana, fundamentando que “a proteção constitucional do direito à liberdade de expressão não acoberta comportamentos que atingem intoleravelmente os valores e princípios fundamentais da ordem constitucional”⁴³. Esse foi, outrossim, o entendimento encampado *in totum* pelo juízo singular para acolher, na sentença que julgou o mérito, o pedido de exclusão dos vídeos veiculado na Ação Civil Pública.

Da análise da descrição relativamente pormenorizada dos vídeos em questão⁴⁴, elaborada pelo *Parquet* federal na peça inicial do processo, depreende-se um incontestado conteúdo discriminatório, ofensivo, aviltante e depreciativo em relação às religiões minoritárias de matriz africana — que carregam um aporte cultural muito próprio. Concretamente, pois, a questão que se ergue está na possibilidade de a exclusão dos vídeos constituírem violação ao direito à liberdade de expressão e à liberdade religiosa dos indivíduos ligados às designações evangélicas.

Os fundamentos manejados pelo acórdão proferido pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e ratificados pelo juízo prolator da sentença, mostram-se compatíveis com o entendimento germânico acerca do *hate speech*, que confere prevalência à dignidade humana quando as manifestações em tese salvaguardadas pela liberdade de expressão extrapolam o âmbito protetivo dessa para vergastar aquele princípio maior. O resultado oriundo dessa tese também é o sustentado por Owen Fiss⁴⁵, embora sob o fundamento de que a própria liberdade de expressão é que restaria preservada; *in casu*, a liberdade de expressão protegida a que Fiss faria menção é a das religiões de matriz africana, minoria historicamente discriminada. O que se depreende de sua argumentação é que essas designações estariam sujeitas ao efeito silenciador — assim

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Obviamente, em vista do teor das decisões exaradas, não foi possível obter acesso aos vídeos, posto que foram retirados do ar.

⁴⁵ FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42.



como também defende Sarmiento, como já se referiu — que prejudicaria a participação de seus adeptos na esfera pública e que justificaria, para o prestígio do princípio democrático, a restrição feita aos vídeos que veiculam discurso de ódio.

Contudo, aplicando-se os requisitos erigidos por Jeremy Waldron especificamente com relação ao discurso de ódio religioso, analisados alhures, a conclusão possivelmente seria outra. Isso porque poderia se entender que os ataques promovidos nos vídeos atingiram “o corpo de crenças”⁴⁶ das religiões de matriz africana e não própria ou diretamente a reputação e o *status* dos adeptos dessas religiões. Como se sabe, Waldron sustenta que o ataque, por via do discurso de ódio, à crença em si, seus dogmas e entidades, não tem potencial para atingir o princípio da dignidade — constituiriam ofensa e não indignidade —, e por essa razão não se sujeitaria à censura ou às restrições à liberdade de expressão. Os ataques, assim, alocar-se-iam no campo da ofensa, e, por mais que causem dor e humilhação, não dariam azo à extirpação dos vídeos das redes de computadores.

Essa conclusão também é a sustentada por Dworkin. Na visão do pensador, de forma análoga ao que se expôs, as religiões afro-brasileiras certamente ostentam um direito de não-discriminação. Para o pensador, no entanto, a efetividade desse direito está associada a políticas estatais de promoção da tolerância. Essas políticas não passam, todavia, por restringir a liberdade de expressão, mesmo quando está a se tratar de discurso de ódio. Em sua abordagem, a restrição operada pelo Poder Judiciário, conforme se extrai de sua obra, violaria, ela sim, o princípio da dignidade humana, fundamento primeiro da liberdade de expressão.

As diferentes conclusões a que se chega tomando-se por base as diferentes argumentações construídas em sede dogmática denotam o quão delicado é o tratamento dessa questão e a importância da análise do contexto social no qual está inserida. Há que se notar que, embora nesse caso a consequência seja mais gravosa à liberdade de expressão — a exclusão de conteúdo, sobre o qual o Poder Judiciário, como pressuposto ao deslinde, teve de efetuar juízo de valor —, o acórdão que apresentou as razões à restrição, encampado como fundamentação pela sentença que decidiu a lide, não careceu de fundamentos para fazê-lo. Pelo contrário, aliás; embora possa encontrar a oposição daqueles que sustentam ponto de vista antagônico, sua fundamentação mostrou-se suficientemente afinada com a argumentação daqueles que também perfilham pela

⁴⁶ WALDRON, op. cit., p. 120.

restrição, e, portanto, aceitável do ponto de vista argumentativo, o que dá pouca margem a se suscitar arbitrariedade — por desvio argumentativo — em medida tão extrema como a limitação à livre expressão. Ademais, o que se verificou foi a prevalência da proteção às minorias. Apenas dessa forma, juntamente com políticas reparatórias e protetivas, é que o histórico de opressão verificado historicamente no Brasil poderá se transmutar, finalmente, em inclusão, igualdade e bem-estar indiscriminado.

CONCLUSÃO

A controvérsia suscitada pela ocorrência do discurso de ódio nas sociedades democráticas, como a brasileira, revela a forma positiva pela qual a liberdade de expressão se jungiu às demandas sociais — havendo, desse modo, um problema quando o poder estatal suprime algum tipo de expressão constitucionalmente protegida. Por outro lado, a ordem constitucional deve primar pelo resguardo de outros valores aptos a tutelar o indivíduo como um fim em si mesmo. No que diz respeito especificamente ao discurso de ódio religioso, a harmonização da liberdade de expressão e da liberdade religiosa apura o campo de análise do *hate speech*.

Há, não só no Brasil, como no mundo, um ambiente de intolerância religiosa que não raro resvala para atos de extrema violência pelo simples fato de se professar crença diversa da do ofensor. O discurso de ódio religioso parece estar na raiz de muitos desses atos repreensíveis. De início, a eficácia de uma cultura de tolerância religiosa certamente colocaria em xeque a possibilidade de ocorrência do *hate speech*. Mais ou menos na esteira da compreensão rawlsiana de sociedade bem-ordenada, a desnecessidade de se tratar desses problemas encontraria efetividade pela prevalência das concepções de justiça e do exercício da alteridade.

Essa não é a realidade, todavia. O discurso de ódio religioso na experiência social revela-se uma rechaçável forma de expressão. A divisão proposta por Jeremy Waldron entre ataques à crença em si e ataques aos indivíduos crentes por sua crença parece satisfazer, *primo ictu oculi*, um tipo de demanda que se tenha em relação ao estabelecimento de certos critérios, a fim de que se possa balancear a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. Entretanto, na prática, a aplicação dessa teoria pode levar a injustiças. Isso porque existem crenças (corpos dogmáticos) que são historicamente oprimidas — sujeitas ao chamado efeito silenciador —, e existem outras que se encontram em posição de dominação e poder. Assim, a aplicação de medidas



restritivas deve se dar *a posteriori*, de forma repressiva, a fim de que possa haver o prestígio da liberdade de expressão quando da emissão do discurso, sem que se descure da dignidade humana, que prevalecerá quando se diagnosticar sua violação relativamente ao indivíduo que opta por crer ou não crer. Saliente-se que o discurso de ódio contra religiões que não se encontram em posição de poder se mostra muito mais gravoso. Ressalta-se também a importância de se ponderar, de forma concreta e casuística, os valores contrapostos, os quais ostentam, por sua vez, superlativa centralidade constitucional — a despeito da falta de parâmetros materiais aptos a coordenar e atribuir maior segurança ao julgador.

Esse tipo de desiderato se mostra mais consentâneo com os valores do Estado constitucional e das democracias deliberativas, porquanto prestigia, de uma só vez, a dignidade humana, o princípio da igualdade e a higidez da esfera pública em relação ao tipo de discurso que ingressa, mas que necessita ser extirpado — além do efeito silenciador dele decorrente. Dessa forma, portanto, o que se deve perseguir, nesse sentido, é o fortalecimento do Estado democrático e a proteção das liberdades e garantias do indivíduo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). Antecipação dos efeitos da tutela. Vídeos potencialmente ofensivos e fomentadores do ódio, da discriminação e da intolerância contra as religiões de matrizes africanas. *Agravo de instrumento nº 2014.00.00.101043-0*. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Google Brasil Internet Ltda. Relator: Roy Reis Friede. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>>. Acesso em 02 ago. 2020.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do Discurso do Ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e Americano. Tradução Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. *Revista de Direito Público*, Brasília, nº 15, p. 117-136, jan-mar. 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2014.

COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: Hate speech, Freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ministério Público em defesa do Estado Laico* – v. 1. Brasília: CNMP, 2014.

_____. *Ministério Público em defesa do Estado Laico* – v. 2. Brasília: CNMP, 2014.

COUTINHO, José Pereira. Religião e outros conceitos. *Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, V. XXIV, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. The Right to Ridicule. *The New York Review of Book*, New York, 23 de março de 2006, v. 53, nº 5. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/>> Acesso em: 09 ago. 2020.

_____. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

_____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FISS, Owen. *Groups and the Equal Protection Clause*. *Philosophy and Public Affair*, v. 5, p. 107 e ss., 1976. p. 141-142. Disponível em: <law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/Fiss_groups.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

_____. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FORANI, Cristina. Democracia e Discursos de ódio religioso: o debate entre Dworkin e Waldron sobre os limites da tolerância. *Ethic@*, Florianópolis, v.14, n.2, p.174 -197, dez. 2015.

FORST, Rainer. Os limites da tolerância. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, v. 84, p. 15-29, jul. 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

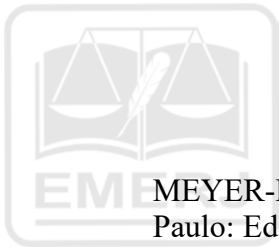
_____. *A inclusão do outro: estudos sobre teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. *Fé e saber*. Tradução de Fernando Costa. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (eds.). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2009

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.



MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Sidnei. *Intolerância Religiosa*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2020.

NUSSBAUM, Martha. *The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012

O'BRIEN, David. M. *Constitutional law and politics*. v. 2. New York: W.W. Norton, 2005

POST, Robert. *Racist speech, Democracy, and the First Amendment*. William and Mary Law Review, 1991.

RAWLS, John. *A justiça como equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSA, Leonardo Gomes Penteado. *O Liberalismo Igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*. 2014. 274 f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014

SARMENTO, Daniel (org.). *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: Free Press, 1995.

WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS ACERCA DO TRATAMENTO DA CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Ilana Alves Bulak

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo – a alienação/cessão fiduciária representa um importante meio de garantia dos negócios jurídicos, pois é caracterizada pela transferência ao credor da propriedade resolúvel de determinado bem antes mesmo do vencimento da obrigação principal. Nesse sentido, por reduzir significativamente os riscos e, por consequência, os custos da recuperação do crédito, a alienação/cessão fiduciária é largamente utilizada no mercado. À luz da importância prática desse instituto, a Lei nº 11.101/05, que regulamenta a recuperação judicial, conferiu, em seu art. 49, §3º, tratamento especial aos negócios que apresentam a garantia fiduciária. Alerta-se, no entanto, que esse tratamento não está imune a um sem número de controvérsias, especialmente quando o bem dado em garantia representa crédito. Assim, a presente pesquisa tem como objetivo perquirir e propor soluções para alguma dessas questões.

Palavras-Chave – Direito Empresarial. Recuperação Judicial. Cessão Fiduciária de Crédito.

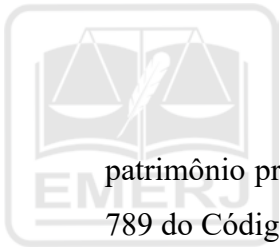
Sumário: Introdução. 1. Subsunção da cessão fiduciária de crédito à primeira parte do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05 e a essencialidade do registro. 2. Aplicação do *stay period* aos créditos cedidos fiduciariamente. 3. Crítica à posição de que a cessão fiduciária de crédito poderia se submeter aos efeitos da recuperação judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Desde as primeiras trocas comerciais, percebeu-se a necessidade de se estabelecer alguma espécie de garantia. Isso porque, caso o inadimplemento não gerasse qualquer consequência e não fosse possível executar o crédito por algum meio que não dependesse da vontade do devedor, o credor avistaria um risco muito grande e, conseqüentemente, não realizaria a transação comercial.

Nesse sentido, as primeiras espécies de garantia criadas recaiam sobre a própria pessoa do devedor, que respondia pelo inadimplemento com sua vida, com sua integridade física ou com sua liberdade. Ao longo do tempo, no entanto, a sociedade se desenvolveu e alçou a dignidade da pessoa humana como princípio guarda-chuva, de modo que o norte do ordenamento jurídico passou a ser a proteção do indivíduo

Dessa forma, a responsabilidade pessoal do devedor, salvo raríssimas exceções, deixou de ter lugar no sistema jurídico, razão pela qual foi substituída pela responsabilidade patrimonial. A garantia pelo adimplemento das obrigações passou a recair, portanto, sobre o



patrimônio presente e futuro do devedor, conforme dispõem os artigos 391 do Código Civil e 789 do Código de Processo Civil.

No entanto, apesar de representar um grande avanço civilizatório, a garantia geral da responsabilidade patrimonial, que protege todo e qualquer credor, deixou de ser suficiente. Isso porque, com o desenvolvimento econômico e tecnológico, não apenas as transações ganharam maior vulto econômico, como também os negociantes, pessoas naturais ou jurídicas, expandiram os horizontes e começaram a contratar com um maior número de pessoas.

Não é difícil perceber, portanto, que, se pode existir grande número de credores titulares de créditos bastante vultosos, é bem possível que, caso aconteça alguma intercorrência ou fato superveniente que comprometa a atividade econômica ou a vida financeira do devedor, o patrimônio deste não seja suficiente para saldar todas as dívidas.

Dessa forma, os juristas desenvolveram uma série de instrumentos pelos quais os negociantes pudessem atribuir maior segurança e garantia ao crédito, dentre os quais se destaca a garantia real denominada “alienação/ cessão fiduciária”.

De maneira geral, esse instituto representa negócio jurídico acessório pelo qual o devedor fiduciante transfere a propriedade de algum bem ou direito, inclusive direito patrimonial de crédito, ao credor fiduciário como garantia do adimplemento de um negócio jurídico principal. Nesse sentido, caso ocorra o regular cumprimento da obrigação, o credor deve transferir novamente a propriedade ao devedor. Havendo o inadimplemento, no entanto, a propriedade do bem ou do direito consolidar-se-á na esfera jurídica do credor.

Por representar uma forma de garantia bastante eficaz, haja a vista a transferência, de imediato, da propriedade resolúvel do bem ao credor, a alienação/cessão fiduciária se tornou bastante comum, principalmente nos negócios jurídicos de grande vulto econômico.

Nessa toada, atento à importância prática e, principalmente, à natureza e à dinâmica do negócio fiduciário, o legislador, ao editar a Lei de Recuperação e Falência (Lei nº 11.101/05), atribuiu um tratamento diferenciado a essa espécie de garantia.

Explica-se que, como regra geral, da Lei nº 11.101/05 estabeleceu que todos os créditos existentes no momento do deferimento da recuperação judicial se submetem aos efeitos desta. No entanto, ao lado dessa regra, a lei dispôs uma série de exceções, dentre os quais se destaca o tratamento dado ao crédito garantido por alienação fiduciária.

Essa exceção, todavia, não é imune a controvérsias, especialmente na hipótese em que o objeto da garantia consubstancia direito creditório. Isso decorre não apenas da falta de clareza da norma que regulamenta a exceção, como também das repercussões práticas dessa espécie de



garantia e da ausência de sistematicidade das disposições legais que tratam, de maneira esparsa, do instituto da alienação/cessão fiduciária.

Assim, ao longo do presente artigo, abordar-se-ão quatro das principais controvérsias que circundam o tratamento da cessão fiduciária de crédito na recuperação judicial. No primeiro capítulo, verificar-se-á se o crédito objeto da garantia efetivamente não se submete aos efeitos da recuperação judicial e se há a exigência de eventual registro do contrato de cessão fiduciária.

No segundo capítulo, analisar-se-á se esse crédito cedido fiduciariamente, caso não sujeito aos efeitos da recuperação, pode ser considerado “bem de capital” para fins de aplicação do instituto denominado *stay period*.

Por fim, no terceiro capítulo analisar-se-á se é adequada a tese levantada por alguns juristas de que, à luz do caso concreto e com fulcro no princípio da preservação da empresa, caberia a relativização da não sujeição dos créditos cedidos fiduciariamente aos efeitos da recuperação.

A presente pesquisa aplica a metodologia hipotético-dedutiva, tendo em vista que são deduzidas uma série de proposições para, ao final, se eleger a que melhor soluciona a controvérsia suscitada. Para tanto, utiliza-se abordagem qualitativa, de modo que será feita uma revisão bibliográfica acerca do tema.

1. SUBSUNÇÃO DA CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITO À PRIMEIRA PARTE DO ART. 49, §3º, DA LEI Nº 11.101/05 E A ESSENCIALIDADE DO REGISTRO

A primeira parte do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05¹ dispõe que os créditos do credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se submetem aos efeitos da recuperação, prevalecendo os direitos de propriedade sobre coisa.

Nesse sentido, por uma interpretação literal do dispositivo, não restam dúvidas de que as alienações fiduciárias que têm como objeto da garantia bens móveis ou imóveis propriamente ditos não se submetem à recuperação.

No entanto, é importante lembrar que a natureza jurídica do crédito não é propriamente de bem móvel ou imóvel, mas sim de direito pessoal de caráter patrimonial. Dessa forma, por uma interpretação literal, não seria possível extrair a ideia de que os direitos creditórios cedidos fiduciariamente não se submetem ao concurso de credores levado à efeito pela recuperação judicial.

¹ BRASIL. Lei nº 11.101/2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 14 set. 2020.



Ressalte-se, todavia, que a interpretação literal não é o único método hermenêutico aplicado no Direito. Há, também, a interpretação sistemática, que analisa o ordenamento jurídico como um todo e visa extrair o sentido da lei de forma consonante e harmônica com todas as demais normas jurídicas

Nesse sentido, destaca-se que o artigo 83, III, do Código Civil² determina de forma expressa que se consideram bens móveis para efeitos legais os direitos pessoais de caráter patrimonial e suas respectivas ações^{3 4}.

Dessa forma, tendo em vista essa equiparação levada à efeito pelo Código Civil, conclui-se que há a subsunção da cessão fiduciária de crédito à parte inicial do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05, razão pela qual esse crédito não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial.

Não se olvida, no entanto, que há doutrinadores, tal como Sergio Campinho, que, apesar de reconhecerem a equiparação legal plasmada no art. 83, III, do Código Civil, afirmam que os créditos cedidos fiduciariamente se submetem sim à recuperação judicial. O argumento suscitado é o de que o legislador não se valeria de palavras vãs, pelo que o art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05 deveria ser interpretado de maneira restritiva⁵.

No entanto, entende-se, na presente pesquisa, que a melhor leitura do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05 é aquela que leva em consideração o ordenamento jurídico como um todo, notadamente a equiparação introduzida pelo art. 83, III, do Código Civil.

Isso porque não faria sentido tratar a alienação fiduciária de bem móvel propriamente dito e a cessão fiduciária de crédito de maneira distinta, uma vez que ambos tem o mesmo objetivo: garantir um negócio principal e, conseqüentemente, reduzir os custos da transação, haja vista o menor risco de não se conseguir recuperar o crédito em caso de inadimplemento⁶.

² BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm> Acesso em: 14 set. 2020.

³ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *Recuperação Judicial e Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios*. P. 278 e 279. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdm/article/view/133720/162259>>. Acesso em: 18 set. 2020.

⁴ PODCAMENI, Giovanna Luz. A Trava Bancária na Recuperação Judicial. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, dez 2014, n. 66 v. 17. p. 177 e 178 Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revista_emerj_online/edicoes/revista66/revista66_158.pdf> Acesso em: 13 set. 2020.

⁵ CAMPINHO apud ANTUNES, Felipe Martins. *A cessão fiduciária de direitos creditórios em garantia no processo de recuperação judicial: uma análise jurisprudencial da trava bancária*. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/system/files/artigos/trava_bancaria.uff_0.pdf> Acesso em: 14 set. 2020.

⁶ PORTUGAL, Daniel Ochsendorf. *Comentários ao REsp nº 1.202.918-SP: devem os créditos cedidos fiduciariamente se submeter aos efeitos da recuperação judicial do devedor-fiduciante?*. p. 552. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/54161>>. Acesso em: 26 set. 2020.

Para ilustrar essa posição, colaciona-se trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no Recurso Especial nº 1.202.918-SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça⁷, *in verbis*:

Efetivamente, de forma expressa, o § 3º do art. 49 da LRF somente alude à alienação fiduciária, cujo objeto é coisa corpórea, móvel ou imóvel, e não à cessão fiduciária, cujo objeto é coisa incorpórea, nos termos do § 3º do art. 66-B da Lei 4.728/65. No entanto, na essência, os contratos de alienação fiduciária e de cessão fiduciária representam o mesmo negócio jurídico, não havendo justificativa para o tratamento diferenciado dos credores garantidos por cada uma das operações. Tanto na alienação fiduciária como na cessão fiduciária há a transferência em garantia da titularidade resolúvel de um bem.

Dessa forma, tendo em vista a posição acima adotada, uma dúvida que pode surgir diz respeito à essencialidade ou não do registro para a constituição da cessão fiduciária. Isso porque esse negócio jurídico adjeto, embora tenha a finalidade de garantia, gera como consequência principal a transferência da propriedade do bem ou do crédito ao credor fiduciário, que só a transferirá novamente ao devedor quando e se o negócio principal for adimplido

Nesse sentido, como se constatou que o crédito, para efeitos legais, se equipara a bens móveis, a conclusão lógica seria a de que, para a conclusão da cessão fiduciária, não seria necessário a realização do registro, pois a propriedade de coisa móvel, pela regra geral do art. 1.267 do Código Civil, se transfere com a mera tradição.

No entanto, é importantíssimo lembrar que o 1.361, §1º, do Código Civil⁸, ao regulamentar a cessão fiduciária de bem móvel infungível, mitigou a referida regra e determinou que, nessa hipótese, a propriedade fiduciária só se constitui com o registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor.

O fato é, contudo, que o crédito, representado em pecúnia, é bem fungível por natureza, pelo que, a norma aplicável, por uma interpretação a contrário *sensu*, seria a da dispensa do registro para a constituição da cessão fiduciária de crédito⁹.

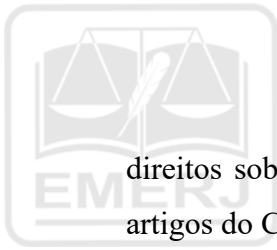
Ademais, é importante destacar que o art. 66-B, §§3º e 5º, da Lei nº 4.728/95¹⁰, o qual regulamentou as hipóteses de alienação fiduciária de coisa fungível e de cessão fiduciária de

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.202.918-SP*. Vogal: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001250881&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>> Acesso em: 16 set. 2020.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 02.

⁹ DELLORE, Luiz. *Cessão fiduciária de crédito não registrada se submete à recuperação judicial?* Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/283833/cessao-fiduciaria-nao-registrada-se-submete-a-recuperacao-judicial>> Acesso em: 13 set. 2020.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 4.728/65*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14728.htm> Acesso em: 14 set. 2020.



direitos sobre coisas móveis, além de não ter determinado o registro, ao dispor sobre quais artigos do Código Civil seriam aplicáveis, não mencionou o art. 1.361, §1º, desse *códex*, razão pela qual se verifica um silêncio eloquente.

Não se olvida, contudo, todas as consequências práticas decorrentes da cessão fiduciária de crédito. Esse negócio jurídico adjeto, além de não se submeter aos efeitos da recuperação judicial, transfere, de maneira imediata e antes mesmo do vencimento do negócio jurídico principal, o crédito ao fiduciante.

Assim, os demais credores do devedor fiduciário, principalmente aqueles que não contam com nenhuma espécie de garantia especial, podem enfrentar grandes dificuldades na recuperação de eventual crédito inadimplido, tendo em vista a restrição patrimonial decorrente da cessão fiduciária.

Vê-se, portanto, que o antigo e clássico princípio de relatividade dos contratos, que propugna que os efeitos destes se restringem apenas às partes, sofre mitigações de ordem prática no que toca à cessão fiduciária. Por essa razão e em atendimento ao princípio da função social do contrato, é altamente recomendável o registro da cessão fiduciária de recebíveis.

Apenas assim se ofereceria um mínimo de transparência acerca da real condição financeira e contábil do empresário, o que é indispensável não apenas para a realização de qualquer negócio jurídico com segurança, como também para o adequado funcionamento do mercado.

No entanto, embora recomendável, é preciso reiterar que, até que sobrevenha disposição legislativa expressa determinado o registro, este não é obrigatório no que toca à cessão fiduciária de crédito¹¹. Destaca-se, nessa toada, que esse foi justamente o entendimento adotado em decisão pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.412.529-SP¹².

2. APLICAÇÃO DO STAY PERIOD AOS CRÉDITOS CEDIDOS FIDUCIARIAMENTE

Consignada a subsunção da cessão fiduciária de crédito à primeira parte do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05 e, por consequência, a sua não sujeição aos efeitos da recuperação judicial,

¹¹ DELLORE, op. cit., nota 9.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.412.529-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201303447142&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 14 set. 2020.



é importante analisar outro ponto objeto de grandes controvérsias, qual seja, a aplicação do chamado *stay period* a esse negócio jurídico adjeto.

Explica-se que o art. 6º, §4º, da Lei nº 11.101/05, com o intuito de possibilitar o soerguimento da atividade econômica, determina, resumidamente, que, com o deferimento do processamento da recuperação judicial, suspende-se o curso da prescrição, bem como de todas as ações e execuções em face do devedor pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Essa suspensão é denominada pela doutrina de *stay period*.

À luz dessa disposição, a parte final do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05, determina que, mesmo sendo objeto de alienação fiduciária, os bens de capital essenciais à atividade empresária não poderão ser vendidos ou retirados do estabelecimento do devedor durante o *stay period*.

Salienta-se, todavia, que há grandes controvérsias no que toca à classificação do que seriam os “bens de capital”. Isso porque, embora se aplique a interpretação sistemática para englobar direitos creditórios na parte inicial do artigo acima mencionado, considerando-os bens móveis para fins de não sujeição aos efeitos da recuperação, muitos juristas não fazem a mesma interpretação no que toca à parte final do dispositivo.

Explica-se que muitos entendem que bens de capital consubstanciaríamos apenas bens corpóreos, de modo que os créditos cedidos fiduciariamente - que têm natureza jurídica de direito pessoal e, portanto, são incorpóreos - não se submetem ao *stay period*¹³.

Alerta-se, no entanto, que não é coerente nem recomendável que, sem qualquer justificativa plausível, seja aplicada, em um primeiro momento, interpretação sistemática para classificar créditos como bens móveis, e, em segundo momento, seja feita interpretação restritiva de modo a não considerar direitos creditórios como bens de capital.

Nesse sentido, é importante destacar que eventuais créditos, ainda que não sejam bens corpóreos, são tão fundamentais à atividade econômica quanto, por exemplo, o maquinário para a produção de bens e para a prestação de serviços.

Isso porque apenas com capital de giro é que o empresário consegue arcar com todas as despesas inerentes à atividade econômica, tais como o pagamento dos empregados e a aquisição da matéria-prima.¹⁴ Vê-se, portanto, que o crédito, traduzido em dinheiro, é

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.758.746-GO*. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumero_Registro&termo=201801408692&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca> Acesso em: 16 set. 2020.

¹⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *O crédito no direito*. p. 207-208. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66404/69014>> Acesso em: 18 set. 2020.



indispensável para a sustentação das atividades: se não o fosse, provavelmente sequer seria necessário contrair empréstimos junto aos bancos.

Dessa forma, não interpretar sistematicamente e, portanto, não considerar créditos como bens de capital para fins de aplicação do *stay period* poderia significar a inviabilização do soerguimento da atividade econômica, que é, justamente, o principal objetivo não só da recuperação judicial como um todo, mas também da própria suspensão levada à efeito pelo *stay period*¹⁵.

O fato é, contudo, que, embora não seja razoável não submeter a cessão fiduciária de crédito ao *stay period* em razão de interpretação restritiva da expressão “bens de capital”, não se pode olvidar que a não aplicação do prazo de suspensão pode ocorrer por outras razões.

Explica-se que a parte final do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05 impõe, como requisito fundamental para a aplicação do *stay period*, que os bens de capital alienados fiduciariamente sejam essenciais ao exercício da atividade empresária.

Nesse sentido, ainda que se entenda que crédito objeto de garantia fiduciária esteja englobado no conceito de bens de capital, seria indispensável a verificação, por meio de uma análise contábil, da real necessidade desses créditos para a manutenção da empresa, sob pena de não haver lastro legal para a suspensão.

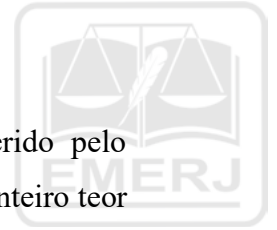
Ocorre que, é fundamental lembrar que crédito, materializado em dinheiro, é bem consumível: uma vez usado para saldar dívidas, por exemplo, o dinheiro desaparece da esfera jurídica do devedor.

Dessa forma, impõe-se a seguinte reflexão: se o crédito cedido fiduciariamente é essencial para a manutenção da atividade empresária, mas, ao mesmo tempo, a sua aplicação para o saldo das obrigações importaria no seu desaparecimento da esfera jurídica do devedor fiduciante, como o credor fiduciário teria seu crédito restituído ao fim do prazo de suspensão?

Vê-se, portanto, que há uma inviabilidade de ordem prática para a aplicação da referida suspensão aos créditos cedidos fiduciariamente, qual seja, o inevitável desaparecimento do próprio crédito da esfera jurídica do devedor e, por consequência, a impossibilidade de o credor fiduciário levantá-lo após o fim da suspensão¹⁶.

¹⁵ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *Recuperação Judicial e Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios*. p. 280-282. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rdm/article/view/133720/162259>>. Acesso em: 18 set. 2020.

¹⁶ LIMA, Eduardo de Carvalho; FREIRE, Lucas Alves; REZENDE, Bernardo Henrique de Melo. *A compreensão do crédito com bem de capital na lei 11.101/2005 e suas consequências para o mercado financeiro: esvaziamento de garantia fiduciária e implicações na mensuração de risco em operações financeiras*. P. 67-68. Disponível em: <<https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/article/view/1061/48>> Acesso em: 27 set. 2020.



Para ilustrar a posição mencionada, colaciona-se trecho do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze no REsp nº 1.758.746-GO¹⁷, que, embora em seu inteiro teor consigne que bens de capital consubstanciam apenas bens corpóreos, explica a consequência prática da aplicação do *stay period* aos créditos cedidos fiduciariamente.

A exigência legal de restituição do bem ao credor fiduciário, ao final do *stay period*, encontrar-se-ia absolutamente frustrada, caso se pudesse conceber o crédito, cedido fiduciariamente, como sendo "bem de capital". Isso porque a utilização do crédito garantido fiduciariamente, independentemente da finalidade (angariar fundos, pagamento de despesas, pagamento de credores submetidos ou não à recuperação judicial, etc), além de desvirtuar a própria finalidade dos "bens de capital", fulmina por completo a própria garantia fiduciária, chancelando, em última análise, a burla ao comando legal que, de modo expresso, exclui o credor, titular da propriedade fiduciária, dos efeitos da recuperação judicial.

Dessa forma, adota-se a posição que, de fato, o *stay period* não é aplicável aos créditos cedidos fiduciariamente. A justificativa, no entanto, não é a interpretação literal e restritiva da expressão de bens de capital, mas sim interpretação sistemática que leva em conta a classificação do crédito, materializado em dinheiro, como bem consumível.

3. CRÍTICA À POSIÇÃO DE QUE A CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITO PODERIA SE SUBMETTER AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Embora, conforme já demonstrado acima, seja adequado, à luz de uma interpretação sistemática, considerar que o crédito cedido fiduciariamente não se submete aos efeitos da recuperação, o fato é que alguns juristas têm sugerido mitigações a essa regra.

Isto é, muitos defendem que, dependendo das circunstâncias do caso concreto, poder-se-ia determinar a submissão, total ou parcial, do crédito cedido fiduciariamente ao concurso de credores levado à efeito pelo juízo recuperacional.

Essa posição tem como fundamento não a interpretação literal e restritiva do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05, mas sim o argumento de que, em se tratando de recuperação judicial, dever-se-ia atribuir máxima efetividade ao princípio da preservação empresa, plasmado no art. 47 da Lei nº 11.101/05, buscando-se o soerguimento dessa^{18 19}.

¹⁷ BRASIL. op. cit., nota 13.

¹⁸ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; CHAGAS, Neide Adriana das. *Controvérsias Relacionadas à trava bancária, no âmbito da recuperação judicial*. Disponível em: <<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/670814022/as-controversias-relacionadas-a-trava-bancaria-no-ambito-da-recuperacao-judicial>> Acesso em: 13 set. 2020

¹⁹ TOLEDO, op. cit.



Nesse sentido, conforme já mencionado, a existência de capital de giro é condição *sine qua non* para o adequado funcionamento da atividade econômica, pois indispensável para saldar as despesas inerentes ao exercício da empresa, tais como pagamento de empregados, quitação de aluguel e aquisição de matéria-prima.

Não é difícil perceber, portanto, que, em caso de inadimplemento de negócio jurídico garantido por cessão fiduciária e, conseqüentemente, de retenção desses créditos cedidos por meio das chamadas “travas bancárias”, há grandes chances de não sobrar recursos financeiros suficientes para o saldo dos demais débitos.

Questiona-se, portanto, se é adequado, à luz de uma visão sistemática do ordenamento jurídico, permitir que se satisfaça apenas um credor, ainda que isso signifique não apenas o inadimplemento de uma coletividade de credores, como também a própria inviabilidade da atividade econômica, gerando uma massa de desempregados e uma quebra na cadeia produtiva.

Tendo em vista todas essas conseqüências nefastas que podem decorrer do implemento da garantia fiduciária com a retenção dos créditos cedidos, muitos juristas afirmam que o ordenamento jurídico ofereceria, sim, instrumentos para atenuar esses desdobramentos.

Nesse sentido, uma das teses levantadas é a de que deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, de modo que, diante do caso concreto, se faça uma ponderação entre o direito do credor de executar a garantia fiduciária e a necessidade de se manter a atividade econômica²⁰.

Dessa forma, se restar consignado, após análise a situação à luz dos três subprincípios que compõem o princípio da proporcionalidade, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que não apenas o crédito cedido fiduciariamente é indispensável para o soerguimento da atividade, como também que há mais vantagens do que ônus em submetê-lo à recuperação do judicial, o juiz deveria liberar a trava bancária até o limite dos valores necessários²¹.

Há também quem suscite, como fundamento para tal mitigação, o art. 5º da LINDB²², que prevê que o juiz, ao aplicar a lei, deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum²³. Dessa forma, como o soerguimento da empresa, nos termos do

²⁰ LIMA, Maria Cristina de Brito; FLORENTINO; Beatriz Portilho; OLIVEIRA, Felipe Firmida de. *Propriedade fiduciária, recuperação judicial e o abuso do direito: superando o antagonismo*. p. 165-168. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista75/revista75_158.pdf> Acesso em: 26 set. 2020.

²¹ Ibid.

²² BRASIL. *Lei nº 4.657/42*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em: 18 set. 2020.

²³ TOLEDO, op. cit.



art. 47 da Lei nº 11.105/05, é o principal fim da recuperação judicial, seria plenamente possível a submissão dos créditos cedidos fiduciariamente ao concurso de credores, caso necessário.

No entanto, embora todos esses argumentos pareçam sedutores, o fato é que os agentes econômicos tomam suas decisões e estruturam sua atividade empresária com base nas regras e nos institutos oferecidos pelo direito.

Assim, as instituições financeiras, ao realizarem operações de crédito - as quais, lembre-se, são fundamentais para o fomento econômico - não apenas obedecem a uma série de normas, como também cumprem determinadas exigências e implementam garantias à luz de todos os custos e riscos inerentes ao negócio.

Nesse diapasão, é importantíssimo destacar que, nos termos do art. 1º e 2º da Resolução nº 2682²⁴ editada Conselho Monetário Nacional, as instituições financeiras devem realizar avaliação e classificação do risco das operações financeiras levando em conta as características do devedor e da própria operação²⁵.

E não se pode ignorar que essa avaliação terá um impacto importantíssimo no custo da operação, haja vista que o art. 6º dessa mesma resolução determina que, para fazer face à eventuais perdas na realização dos créditos, deve ser constituída provisão cujo percentual varia de acordo com o risco do crédito: quanto maior o risco, maior a provisão exigida.

Saliente-se, ainda, que, consoante o art. 2º, II, b, da resolução acima mencionada, a garantia oferecida, especialmente quanto à sua suficiência e liquidez, representa critério importante para a classificação do risco.

Nesse sentido, não há como negar que a implementação da cessão fiduciária de crédito como garantia, por ser caracterizada pela transferência da propriedade resolúvel, é extremamente eficaz e facilita a recuperação do crédito inadimplido²⁶. Dessa forma, há redução significativa dos riscos do negócio, o que diminui o *quantum* da provisão exigida e, por consequência, os juros cobrados²⁷.

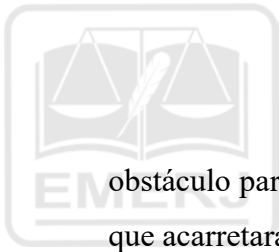
No entanto, caso os Tribunais comecem a mitigar a regra prevista na parte inicial do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05, a garantia fiduciária perderá parte de sua eficácia, elevando os riscos e os custos da operação de crédito. E isso, inexoravelmente, representará um maior

²⁴ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. *Resolução nº 2682*, de 21 de dezembro de 1999. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2682_v2_L.pdf> Acesso em: 27 set. 2020.

²⁵ LIMA; FREIRE; REZENDE, op. cit.

²⁶ CUNHA, Fernando Antonio Maia da; DIAS, Maria Rita Rabello Pinho. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/287777913.pdf>> Acesso em: 24 set. 2020.

²⁷ GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. *Cessão Fiduciária e a Recuperação Judicial*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/70765/cessao-fiduciaria-e-recuperacao-judicial>> Acesso em: 24 set. 2020.



obstáculo para obtenção de empréstimo e de financiamento junto às instituições financeiras, o que acarretará a desaceleração do fomento econômico ²⁸.

Além da questão dos custos das operações financeiras, não se pode perder de vista que o mercado atualmente está cada vez mais complexo, de modo que um negócio jurídico pode servir de lastro para uma série de outros negócios e operações.

Nesse diapasão, destaca-se que o financiamento dos empréstimos realizados pelas instituições financeiras pode ocorrer não apenas por meio dos recursos provenientes de depósitos, como também pela venda de carteiras das próprias instituições²⁹.

Explica-se, assim, que, para angariar recursos, as instituições financeiras, nos termos do art. 1º da Resolução nº 2836 do Conselho Monetário Nacional³⁰, podem ceder a instituições de mesma natureza créditos oriundos de operações de empréstimo, de financiamento e de arrendamento mercantil³¹.

Vê-se, portanto, que os desdobramentos de uma operação financeira são múltiplos e repercutem no mercado como todo. Por essa razão, se de um lado o pagamento de um único credor pode significar o inadimplemento dos demais credores e até levar o devedor à falência, de outro a não implementação da garantia fiduciária pode colocar em xeque o mercado financeiro como um todo e representar obstáculo ao fomento econômico.

Assim, não se sustenta a ponderação realizada pelos que defendem a mitigação da regra de não submissão dos créditos cedidos fiduciariamente à recuperação judicial, haja vista que, quando se tem uma visão global do mercado, vê-se que também há importantes repercussões no sistema financeiro caso a eficácia da garantia seja mitigada e o negócio garantido seja inadimplido.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, constatou-se que a cessão fiduciária de crédito representa um importante instrumento para garantia dos negócios jurídicos. No entanto, a despeito de sua

²⁸ LIMA; FREIRE; REZENDE, op. cit.

²⁹ RIBEIRO, Fernanda Vieira Fernandes; SCHIOZER, Rafael Felipe. *Cessão de Crédito e Restrição de Capital: Um Estudo com Bancos Brasileiros*. p. 522. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/rae/v54n5/0034-7590-rae-54-05-0521.pdf> > Acesso em: 25 set. 2020

³⁰ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. *Resolução nº 2836*, de 30 de maio de 2001. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachment/s/47140/Res_2836_v1_O.pdf> Acesso em: 18 set. 2020.

³¹ CASTRO, Alexandre de Oliveira. *Factoring e Securitização de Recebíveis Mercantis*. p. 54-55. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rdm/article/view/133713/162250> > Acesso em: 25 set. 2020.



importância prática, muitas dúvidas ainda circundam a aplicação desse instituto, principalmente em sede de recuperação judicial.

Essas controvérsias decorrem da falta de clareza e de sistematicidade da legislação que trata o tema, bem como das repercussões práticas da cessão fiduciária. Na presente pesquisa, no entanto, buscou-se solução para alguma das principais dúvidas levando-se em conta não apenas o ordenamento jurídico como um todo, como também a importância dessa garantia para o fomento econômico.

Nesse sentido, chegou-se à conclusão de que, em que pese a redação literal do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05, é sim cabível, por uma interpretação sistemática, o entendimento de que os créditos cedidos fiduciariamente não se sujeitam à recuperação. Além disso, concluiu-se que, embora altamente recomendável, o registro não é essencial para a constituição dessa garantia em razão da ausência de expressa previsão legal.

No que toca ao instituto do *stay period*, constatou-se a sua inaplicabilidade em relação aos créditos cedidos em garantia por uma razão simples: crédito, materializado em dinheiro, apesar muito importante para a continuidade da atividade econômica, representa bem consumível, razão pela qual, caso aplicado para o saldo de eventuais dívidas, desapareceria da esfera jurídica do devedor e, conseqüentemente, fulminaria a própria garantia.

Por fim, verificou-se que a implementação da garantia fiduciária pode, de fato, repercutir negativamente na recuperação judicial. Isso porque o crédito cedido não se submete ao regime concursal, podendo gerar um déficit de recurso não só para o pagamento dos demais credores, como também para a própria manutenção da atividade econômica.

No entanto, constatou-se, ao longo da presente pesquisa, como o sistema de garantias do crédito é fundamental para o sistema financeiro e repercute diretamente nos riscos e nos custos das operações. Ademais, também restou demonstrado que um determinado negócio jurídico pode se desdobrar em muitos outros, o que torna o sistema financeiro extremamente complexo e interligado.

Dessa forma, embora à primeira vista pareça bastante razoável mitigar a garantia fiduciária a fim de possibilitar o soerguimento da empresa, o fato é que, quando se observa o sistema como um todo, depreende-se que as conseqüências da mitigação não se esgotam no agente financeiro que realizou a operação. Na realidade, essas conseqüências se espraiam para o sistema financeiro como um todo, colocando-o em risco e aumentando os custos das operações. Por essa razão, não é recomendável a mitigação.



BARRETO FILHO, Oscar. *O crédito no direito*. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66404/69014>> Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.101/2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 14 set. 2020.

_____. *Lei nº 4.728/65*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14728.htm> Acesso em: 14 set. 2020

_____. *Lei nº 4.657/42*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em: 18 set. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 14 set. 2020.

_____. Conselho Monetário Nacional. *Resolução nº 2836*, de 30 de maio de 2001. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/download_Normativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47140/Res_2836_v1_O.pdf> Acesso em: 18 set. 2020.

_____. Conselho Monetário Nacional. *Resolução nº 2682*, de 21 de dezembro de 1999. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2682_v2_L.pdf> Acesso em: 27 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.202.918-SP*. Vogal: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001250881&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 16 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.412.529-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201303447142&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 14 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.758.746-GO*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201801408692&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 16 set. 2020.

CAMPINHO apud ANTUNES, Felipe Martins. *A cessão fiduciária de direitos creditórios em garantia no processo de recuperação judicial: uma análise jurisprudencial da trava bancária*. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/system/files/artigos/trava_bancaria.uff_0.pdf> Acesso em: 14 set. 2020.

CASTRO, Alexandre de Oliveira. *Factoring e Securitização de Recebíveis Mercantis*. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdm/article/view/133713/162250>> Acesso em: 25 set. 2020.



CUNHA, Fernando Antonio Maia da; DIAS, Maria Rita Rabello Pinho. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/287777913.pdf>> Acesso em: 24 set. 2020.

DELLORE, Luiz. *Cessão fiduciária de crédito não registrada se submete à recuperação judicial?* Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/283833/cessao-fiduciaria-nao-registrada-se-submete-a-recuperacao-judicial>> Acesso em: 13 set. 2020.

GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. *Cessão Fiduciária e a Recuperação Judicial*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/70765/cessao-fiduciaria-e-recuperacao-judicial>> Acesso em: 24 set. 2020.

LIMA, Eduardo de Carvalho; FREIRE, Lucas Alves; REZENDE, Bernardo Henrique de Melo. *A compreensão do crédito com bem de capital na lei 11.101/2005 e suas consequências para o mercado financeiro: esvaziamento de garantia fiduciária e implicações na mensuração de risco em operações financeiras*. Disponível em: <<https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/article/view/1061/48>> Acesso em: 27 set. 2020.

LIMA, Maria Cristina de Brito; FLORENTINO; Beatriz Portilho; OLIVEIRA, Felipe Firmida de. *Propriedade fiduciária, recuperação judicial e o abuso do direito: superando o antagonismo*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista75/revista75_158.pdf> Acesso em: 26 set. 2020.

PODCAMENI, Giovanna Luz. *A Trava Bancária na Recuperação Judicial*. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, dez 2014, n. 66 v. 17. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista66/revista66_158.pdf> Acesso em: 13 set. 2020.

PORTUGAL, Daniel Ochsendorf. *Comentários ao REsp 1.202.918-SP: devem os créditos cedidos fiduciariamente se submeter aos efeitos da recuperação judicial do devedor-fiduciante?* Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/54161>> Acesso em: 26 set. 2020.

RIBEIRO, Fernanda Vieira Fernandes; SCHIOZER, Rafael Felipe. *Cessão de Crédito e Restrição de Capital: Um Estudo com Bancos Brasileiros*. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rae/v54n5/0034-7590-rae-54-05-0521.pdf>> Acesso em: 25 set. 2020

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *Recuperação Judicial e Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios*. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdm/article/view/133720/162259>> . Acesso em: 18 set. 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; CHAGAS, Neide Adriana das. *Controvérsias Relacionadas à trava bancária, no âmbito da recuperação judicial*. Disponível em: <<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/670814022/as-controversias-relacionadas-a-trava-bancaria-no-ambito-da-recuperacao-judicial>> Acesso em: 13 set. 2020.



OS EFEITOS DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM CARÁTER PUNITIVO

Isabela Montalvão Valle da Silva

Graduada com *magna cum laude* pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro/Instituto de Educação e Pesquisa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – ocorrências de fato do produto e do serviço são recorrentes e geram elevado número de ações judiciais que visam reparação por dano moral. Para muitos fornecedores é mais vantajoso pagar o valor da indenização, que, normalmente, é irrisório para eles, do que melhorar os produtos e serviços que disponibilizam no mercado. A fixação de indenização punitiva pode mudar o sistema consumerista, pois a obrigação de pagar vultosa quantia em dinheiro tiraria a vantagem mencionada. O presente artigo, após verificar a compatibilidade da indenização punitiva com o ordenamento jurídico brasileiro e sua fixação pelos tribunais, analisa efeitos da aplicação desse instituto.

Palavras-chaves – Direito do Consumidor. Danos Morais. Indenização Punitiva.

Sumário – Introdução. 1. A possibilidade da adoção da indenização punitiva do dano moral no Brasil e sua compatibilidade com o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. 2. Aplicação da indenização punitiva nos tribunais brasileiros – análise de alguns julgados recentes. 3. Análise dos efeitos da aplicação da indenização punitiva do dano moral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a compatibilidade da fixação de indenização por danos morais com caráter punitivo com o ordenamento jurídico pátrio, bem como os possíveis efeitos dessa indenização. O objetivo é comprovar a possibilidade de aplicação da indenização punitiva e analisar como isso afetaria a sociedade e o Judiciário.

O dano moral consiste em violação à dignidade da pessoa humana, quando são atingidos direitos da personalidade. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, estabelece a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem – direitos da personalidade – e assegura o direito de indenização pelo dano moral, além do dano material.

As indenizações por danos morais não consistem em reparações, mas apenas em compensações pelos danos sofridos, pois não é possível aferir monetariamente o tamanho do dano e, assim, repará-lo integralmente. Diante disso, há parâmetros para fixar o valor da indenização, mas, para atender ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, as indenizações não são altas, de forma que não consistem em punição aos ofensores.

Para punir o responsável pelo dano e desestimular a reiteração do ato ilícito pelo autor e por terceiros, foi criada a indenização punitiva. Trata-se de espécie de indenização inspirada no Direito dos Estados Unidos da América, consistente em valor que o autor da conduta ofensiva deve pagar, sendo tal valor expressivamente superior ao montante necessário para a compensação do dano moral. No entanto, o instituto não é amplamente aplicado em razão do princípio mencionado acima.

O primeiro capítulo é iniciado com a verificação da compatibilidade da indenização punitiva com o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, analisando a possibilidade da condenação em indenização punitiva na qual a vítima recebe parte do valor (equivalente à indenização por danos morais já aplicada no Brasil) e a outra fração é destinada a instituições para promover algo como, por exemplo, campanha de esclarecimento ao consumidor.

No segundo capítulo são analisados julgados recentes de alguns tribunais brasileiros. É verificada a forma de aplicação da indenização por dano moral com caráter pedagógico-punitivo, destacando a linguagem usada pelos magistrados e as justificativas para a aplicação do instituto.

O terceiro e último capítulo analisa os possíveis efeitos da condenação por indenização punitiva. É verificada a possibilidade de o instituto funcionar como estratégia para melhorar a prestação de serviços e, assim, reduzir a ocorrência de condutas ofensivas. Há, ainda, o exame do impacto do instituto da indenização punitiva no número de ações judiciais visando à condenação ao pagamento de indenização por danos morais com caráter punitivo.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o pesquisador apresenta hipóteses, possíveis efeitos da fixação da indenização punitiva, para analisar o impacto na sociedade e no Poder Judiciário. No tocante à abordagem, ao objetivo e aos procedimentos, a pesquisa jurídica é classificada como qualitativa, explicativa e bibliográfica, tendo em vista que o pesquisador, para sustentar sua tese, faz uso da bibliografia adequada ao tema.



1. A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO BRASIL E SUA COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O dano moral, de acordo com Cavalieri Filho¹, após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passou a ser conceituado por dois aspectos distintos: em sentido estrito – violação do direito à dignidade – e em sentido amplo – violação de algum direito ou atributo da personalidade. Trata-se de violação que enseja reparação, conforme previsão no artigo 5º, incisos V e X, da CRFB/88² e no artigo 6º, incisos VI e VII do Código de Defesa do Consumidor³.

O art. 944 do Código Civil⁴ determina que o valor da indenização é fixado de acordo com a extensão do dano. Diferentemente da indenização por dano material, que consiste em ressarcimento integral, a indenização por dano moral é apenas uma compensação, pois não é possível aferir a exata extensão do dano, já que não é algo objetivo. O valor da indenização por dano moral é fixado em sentença seguindo o critério do arbitramento judicial: o magistrado arbitra o valor, considerando “a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes”⁵.

É importante salientar que o valor da indenização não pode ser elevado a ponto de funcionar como lucro, devendo ser apenas uma quantia suficiente para reparar o dano⁶. Essa preocupação em evitar o ato de auferir lucro por parte da vítima tem fundamento no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. O Código Civil de 2002 trata desse princípio em capítulo próprio (Parte Especial, Livro I, Título VII, Capítulo IV). No artigo 884, o CC/2002 determina que quem enriquece sem justa causa deve restituir o que foi indevidamente recebido⁷ e essa orientação é ratificada no artigo 885 do CC/2002, ao dizer que, quando não há causa para o enriquecimento ou quando a causa deixa de existir, deve haver restituição.⁸

¹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106 e 108.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

³BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁴BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁵CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 155.

⁶Ibid., p. 125.

⁷BRASIL, op. cit., nota 4.

⁸Ibid.

Essa espécie de limite ao valor das indenizações por danos morais faz com que as indenizações, muitas vezes, sejam baixas e, assim, não funcionam como espécie de punição para os ofensores nem evitam a prática de novos atos ilícitos geradores de danos. Para muitos fornecedores causadores de danos morais que possuem vasto patrimônio, o valor da indenização é, na verdade, irrisório, de forma que lhes é mais vantajoso compensar a vítima pelo dano sofrido do que melhorar o serviço ou produto que fornecem para evitar a ocorrência de novas ofensas.

Em razão disso, a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir o caráter punitivo do dano moral, que consiste em uma indenização mais elevada que atende a dois objetivos: prevenção e punição.⁹ Previne ao atuar como mecanismo de dissuasão para que os ofensores e terceiros não pratiquem novas condutas lesivas, o que é importante, pois a prevenção é preferível à reparação do dano¹⁰, e pune, já que se assemelha a uma pena privada.

A ideia de fixação de pena privada remonta ao Direito Romano¹¹. Nos Estados Unidos da América há a aplicação dos *punitive damages* quando o dano decorre de “comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão”¹². Tem uma vasta área de aplicação, ganhando destaque os casos de responsabilidade civil de produtores e fornecedores por danos provenientes de produtos defeituosos, de acidentes de trânsito, de erro médico, de ofensa à honra, e, também, casos de responsabilidade de profissionais em geral¹³.

A indenização punitiva é proveniente desse instituto do Direito norte americano. Cabe em hipóteses em que é elevada a reprovação do comportamento do ofensor, quando ele age com dolo ou culpa grave, ou, ainda, quando o agente, independentemente de culpa, auferir lucro com a conduta ilícita ou age de forma reiterada¹⁴.

Há ainda quem se posicione de forma contrária à adoção da indenização por não haver previsão expressa da indenização punitiva de dano moral em nosso ordenamento jurídico e, também, porque há indícios de que não é cabível a indenização punitiva no Brasil. O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa é um grande obstáculo à ampla aplicação do caráter punitivo do dano moral nos tribunais brasileiros, pois, para evitar que a vítima do dano moral enriqueça sem causa, não é possível permitir que receba um valor elevado a título de

⁹CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 125-126.

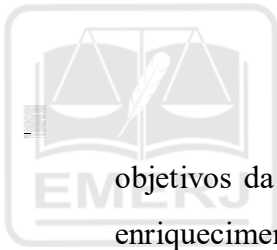
¹⁰ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n° 36, 2006, p. 135-168. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.

¹¹Ibid.

¹²Ibid.

¹³Ibid.

¹⁴CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 127.



objetivos da indenização punitiva explicados acima – prevenção e punição – e não acarreta enriquecimento sem causa à vítima do dano. No entanto, como não há previsão legal para a indenização punitiva, não há regra para sua fixação, de forma que não há a obrigatoriedade de destinar parte da indenização a uma instituição.

Há ações de indenização por danos morais em que os autores foram moralmente atingidos e requerem a reparação pecuniária, mas determinam na petição inicial que o valor de eventual condenação não será destinado às vítimas e sim para alguma instituição de caridade. Tratam-se de demandas em que não se busca uma compensação pelo dano, mas sim a punição do ofensor.²¹

2. APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS – ANÁLISE DE ALGUNS JULGADOS RECENTES

Tendo em vista a compatibilidade da indenização punitiva com o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e a adoção do instituto no Brasil, os tribunais brasileiros têm aplicado a indenização punitiva, destacando que a indenização por dano moral deve cumprir as funções de compensar a vítima e de punir o ofensor. Abaixo há exemplos de julgados nesse sentido.

O acórdão da Apelação Cível nº 0049067-96.2018.8.19.0001²² do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, traz a fixação de indenização punitiva. O relator entendeu pelo seu cabimento, pois os direitos do autor foram violados – retenção, pelo banco réu, da integralidade do salário do autor – e, também, porque o réu descumpriu reiteradamente as ordens judiciais. Afirmou que o valor fixado em primeira instância – R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) – era insuficiente para punir, mas, considerando o princípio do não enriquecimento sem causa não podia elevar muito o valor, de forma que fixou em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A indenização punitiva também é admitida no acórdão da Apelação Cível nº 0002751-77.2011.8.24.0018²³ do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. O Desembargador

²¹CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 126.

²²BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0049067-96.2018.8.19.0001*. Relator: Desembargador Pedro Freire Raguene. Data de Julgamento: 09/07/2019. Data de Publicação: 19/07/2019. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000422568B0318F404DBAE266E11D127FF2C50A4A0A521B>>. Acesso em: 13 set. 2020.

²³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 0002751-77.2011.8.24.0018*. Relator: Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos. Data de Julgamento: 18/12/2018. Data de Publicação: 09/01/2019. Disponível em: <https://esaj.tjsc.jus.br/pasta_digital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0002751-77.2011.8.24.0018&cdProcesso=P0000XFPV0000&cdForo=900&tpOri>



Relator entendeu que a conduta dos ofensores era reprovável, pois foi ato doloso, viciado de malícia.

O acórdão da Apelação Cível nº 0302586-45.2015.8.24.0008²⁴, também do TJSC, afirma que é hipótese de aplicação da indenização punitiva por se tratar de caso de negligência grossa. A fixação dos *punitive damages* é bem clara nessa decisão, pois é estabelecido o montante da indenização a título de compensação e a quantia da indenização de caráter punitivo. Há aqui, de forma expressa, a dupla condenação. Essa condenação separada é preferível, como afirmado no capítulo anterior, pois permite avaliar se a medida foi razoável e, caso seja cabível recurso, facilita para a parte recorrente impugnar.

Também há aplicação da indenização punitiva no acórdão da Apelação Cível nº 1004229-45.2020.8.26.0564²⁵ do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O Desembargador Relator elevou o valor da condenação por danos morais, pois entendeu que o valor fixado em primeira instância não atendia a finalidade dúplici do instituto.

De acordo com o relator, o montante deve ser adequado para compensar a vítima e inibir o ofensor à prática de atos semelhantes, na forma dos *punitive damages* dos Estados Unidos da América. Ele aponta, ainda, que o valor não pode enriquecer a vítima – seria violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa – e não pode ser pequeno a ponto de não funcionar como punição ao autor da conduta.

O acórdão da Apelação Cível nº 0004620-85.2016.8.07.0014²⁶, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, afirma que a indenização por danos morais, que deve ser fixada conforme parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade, deve desestimular a reiteração da ofensa, bem como reparar o dano sofrido pela vítima – caráter pedagógico-punitivo dessa

gem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=uwg8ybZouNawDM9FwxMa%2F3uN3atjMFObQgdStW3%2FkXBNrVzwx2C62CW%2B9ccemwn1IOVgawujcZd5gLRijONAM%2FHYSbw7onWJp5uMZVnBFSAn40nkYjVOle%2BOrmcwqa7H65MKTQByOJGIQcvXESXun6zk6wlkUfmzVeHm20pAkDPz%2FqVQ%2B04h13hSDXGfqPyyQUT%2FhO07DFcDZuee%2F%2FipInrbPq9Z0%2FgumtEi76oWNtoRnbhT21h qH9G%2FY5TkzLkZ%2BVvESlqvhFNULyKI%2F6aFsgQb2j%2BlyD3aaVXySp6Mv6hmqz2YIVozR0VhQ GxqKXtLsyrL3QdWDBtATuBXM3ch03%2FAxgM0rGFclFtfOWB4lvWHIVnp1Mi1xi3ornrbke>. Acesso em: 15 set. 2020.

²⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 0302586-45.2015.8.24.0008*. Relator: Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos. Data de Julgamento: 07/05/2020. Data de Publicação: 12/05/2020. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=punitive%20damages&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAACeQBAAP&categoria=acordao_5>. Acesso em: 15 set. 2020.

²⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 1004229-45.2020.8.26.0564*. Relator: Desembargador Soares Levada. Data de Julgamento: 10/09/2020. Data de Publicação: 10/09/2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=13948649&cdForo=0>>. Acesso em: 15 set. 2020.

²⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 0004620-85.2016.8.07.0014*. Relator: Desembargador João Egmont. Data de Julgamento: 11/03/2020. Data de Publicação: 12/03/2020. Disponível em: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=d0873a11a50921d95db0ed7d0f2674cdedc5747cf21a7f6b6ed4e5b97968faa39019dd1449a4e62ff88254202cc01abf5e3bba7a616055&idProcesoDoc=14917026>>. Acesso em: 15 set. 2020.



indenização. Para fundamentar o valor da indenização, cita como precedente um julgado do Superior Tribunal de Justiça – AgRg no Ag 850273 / BA – no qual a Corte afirma que o valor não pode ser ínfimo nem exorbitante, casos em que sua alteração seria necessária. Deve ser destacado o seguinte trecho do julgado do STJ:

a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.²⁷

Outro acórdão do TJDFR que faz a aplicação da indenização punitiva é o da Apelação Cível nº 0712900-66.2018.8.07.0003²⁸. O Desembargador Relator explica de forma bastante didática sobre o cabimento do instituto, apontando não apenas duas, mas três finalidades da indenização por danos morais – compensação, punição e prevenção – e fazendo uso da expressão “caráter pedagógico-inibitório-punitivo”, que é mais completa que a usualmente empregada – “caráter pedagógico-punitivo”. Afirma que:

para a fixação do quantum devido, portanto, devem ser utilizados os critérios gerais, como o prudente arbítrio, o bom senso, a equidade e a proporcionalidade ou razoabilidade, bem como específicos, sendo estes o grau de culpa da parte ofensora e o seu potencial econômico, a repercussão social do ato lesivo, as condições pessoais da parte lesada e a natureza do direito violado.²⁹

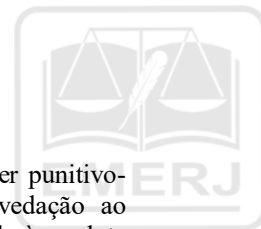
Há, também, decisões que não aplicam de forma expressa o instituto da indenização punitiva, pois não fazem uso da expressão *punitive damages* ou indenização punitiva nem fazem referência à forma de indenização norte-americana, mas afirmam que, no momento da fixação do valor da indenização, deve ser considerado o caráter pedagógico-punitivo. O acórdão da Apelação Cível nº 0003267-59.2018.8.19.0061, do TJRJ, é um exemplo disso, como se pode observar no trecho abaixo:

no que concerne ao quantum indenizatório, deve o magistrado estar atento aos critérios indicados pela doutrina e jurisprudência e observar os princípios da

²⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 850273 / BA*. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP). Data de Julgamento: 03/08/2010. Data de Publicação: 24/08/2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602623771&dt_publicacao=24/08/2010>. Acesso em: 15 set. 2020.

²⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 0712900-66.2018.8.07.0003*. Relator: Desembargador Romeu Gonzaga Neiva. Data de Julgamento: 27/02/2020. Data de Publicação: 11/03/2020. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 15 set. 2020.

²⁹Ibid.



proporcionalidade e da razoabilidade, não se afastando, ainda, do caráter punitivo-pedagógico da condenação, em consonância com o postulado da vedação ao enriquecimento sem causa, de modo que a sua fixação sirva de desestímulo à conduta lesiva, mas, ao mesmo tempo, não gere o enriquecimento sem causa do consumidor.³⁰

Apesar de a indenização punitiva já ter sido aceita no Brasil, tendo sido comprovada sua compatibilidade com o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e, também, de ser possível verificar a adoção da indenização punitiva por tribunais brasileiros, ainda se encontra resistência em sua aplicação. No acórdão da Apelação Cível nº 0708846-29.2019.8.07.0001, do TJDFR, o Desembargador Relator, apesar de afastar o cabimento dos danos morais, discorre sobre a indenização punitiva, afirmando que o instituto não foi adotado pelo direito brasileiro:

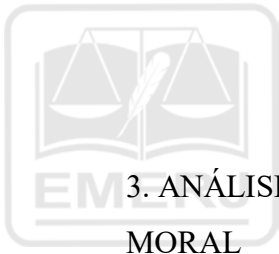
é relevante ressaltar que o direito pátrio não acolhe a teoria dos *punitive damages*, de sorte que, eventual condenação por danos morais, não prescinde da efetiva indicação ou descrição da lesão aos direitos da personalidade. Ou seja, a indenização não pode resvalar para o cunho puramente sancionatório ou como instrumento de desestímulo à prática de comportamento contrário ao Direito ou aos valores sociais.³¹

Trata-se de decisão recente, publicada em julho de 2020, que expressamente rejeita o caráter punitivo da indenização. O Relator entende que a indenização não pode ser fixada com o objetivo de desestimular a prática de novas condutas ilícitas nem pode ser aplicada exclusivamente como punição, de forma que seria apenas para compensar a vítima.

A aplicação da indenização punitiva, portanto, não é pacífica nos tribunais. Há magistrados que aplicam o instituto e outros que entendem que não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, insistindo que a responsabilidade civil não tem função punitiva.

³⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0003267-59.2018.8.19.0061*. Relatora: Desembargadora Maria Helena Pinto Machado. Data de Julgamento: 10/09/2020. Data de Publicação: 14/09/2020. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004556E5C2C510C4B420223DAD41583D1CFC50D1406294C>>. Acesso em: 12 set. 2020.

³¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 0708846-29.2019.8.07.0001*. Relator: Desembargador Luís Gustavo B. de Oliveira. Data de Julgamento: 17/06/2020. Data de Publicação: 06/07/2020. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 15 set. 2020.



3. ANÁLISE DOS EFEITOS DA APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL

Os efeitos da aplicação da indenização punitiva estão relacionados aos objetivos explicitados no primeiro capítulo do presente artigo – punição e prevenção. A obrigação de pagar essa indenização de alto valor consiste em “uma sanção pecuniária que atua como retribuição pelo dano injustamente causado à vítima”³². A indenização punitiva é fixada de acordo com a gravidade da conduta do autor do dano, que pode ser na modalidade dolosa ou culpa grave. É verificada a reprovabilidade da conduta.

O Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade³³ aponta a eliminação do lucro ilícito como uma das finalidades da indenização punitiva. A prática de ato ilícito que gera dano moral pode trazer um benefício ao autor do dano e, ao ser condenado ao pagamento de indenização punitiva, além da condenação em reparação por dano moral, esse lucro é eliminado, pois terá que pagar uma vultosa quantia em dinheiro. Essa eliminação é, para o autor, uma punição e é um efeito da aplicação do instituto em análise no presente artigo.

A prevenção, por sua vez, consiste na inibição da reiteração da conduta do autor do ato ilícito, diante da possibilidade de condenação em indenização punitiva, além de evitar que terceiros também pratiquem a mesma conduta ou outra parecida. Para evitar a prática desses atos e, conseqüentemente, impedir a ocorrência de danos morais, os fornecedores podem investir em formas de tornar seus produtos e serviços melhores.

Como afirmado no primeiro capítulo, a mera compensação, constituída por valor de pequena monta, muitas vezes se torna mais vantajosa aos fornecedores do que melhorar o serviço ou produto para evitar a ocorrência de novos atos ilícitos geradores de danos morais. No entanto, com a aplicação do instituto da indenização punitiva, o autor do ato ilícito fica diante da possibilidade de ser punido, podendo perder o lucro ilícito e, ainda, ter um gasto muito maior do que o que teria com a mera condenação em compensação por dano moral.

Dessa forma, a mencionada vantagem deixa de existir e torna-se necessário o investimento em segurança e adequação de seus produtos e serviços para o bem de seu próprio negócio. A melhoria da prestação de serviços e dos produtos fornecidos é almejada pela sociedade e a aplicação do instituto da indenização punitiva contribuiria para isso. Assim, os consumidores no geral seriam beneficiados, pois os fornecedores teriam mais cuidado ao colocar produtos e serviços no mercado, observando as regras do Código de Defesa do

³²ANDRADE, op. cit.

³³Ibid.



Consumidor e respeitando os direitos dos consumidores. A indenização punitiva, portanto, tem como efeito a melhora dos produtos e serviços.

Com essa melhora é alcançado outro efeito: a redução da ocorrência de condutas ofensivas. Assim, com a aplicação da indenização punitiva, haveria uma diminuição das violações à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil – art. 1º, III, CRFB/88³⁴.

Importante apontar a possibilidade de manutenção do equilíbrio das relações de consumo, outra finalidade indicada pelo Des. André Gustavo Corrêa de Andrade³⁵. Haveria equilíbrio, pois a aplicação do instituto da indenização punitiva estimularia os fornecedores a prestarem serviços de forma mais eficiente e a colocarem no mercado produtos mais seguros, enquanto os consumidores, considerados a parte vulnerável da relação jurídica, teriam à sua disposição a possibilidade de ajuizar a ação de indenização punitiva, caso tenham seus direitos violados.

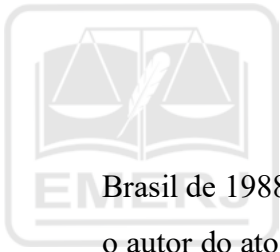
Os efeitos apontados são benéficos, o que demonstra que a aplicação efetiva da indenização punitiva seria muito boa para a sociedade. A possibilidade de redução de ocorrências de danos morais é definitivamente um atrativo para a implementação desse caráter punitivo à indenização por danos morais. No entanto, há um efeito negativo que ocorrerá quando o equilíbrio das relações de consumo não for respeitado. Como os consumidores têm à sua disposição a ação de indenização punitiva para o caso de serem lesados, é possível que a aplicação da indenização punitiva resulte em um aumento do número de ações judiciais.

Como não há legislação regulamentando a indenização punitiva, não há a obrigação de que parte da indenização não vá para a vítima do dano, então há a possibilidade de receber uma indenização de alto valor, o que pode fazer com que um número maior de consumidores lesados procure uma solução via judicial para seus problemas. Muitas vítimas não procuram o Judiciário para resolver as questões por diversos motivos, mas, como há essa dupla condenação – indenização por danos morais usualmente fixada e indenização punitiva – na ação de indenização, o número de demandas pode aumentar.

Esse aumento pode representar uma sobrecarga ao Poder Judiciário, o que significaria um tempo maior para a solução das demandas. Isso violaria o princípio da razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República Federativa do

³⁴BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁵ANDRADE, op. cit.



Brasil de 1988³⁶. Além disso, a vítima receberia a indenização muito tempo depois de lesada e o autor do ato ilícito seria punido tardiamente.

Por se tratar de uma pena, é possível fazer uma comparação com o Direito Penal. Um dos fundamentos para o Estado perder o direito de punir pelo decurso de tempo deve-se ao fato de que com o passar do tempo o criminoso pode se recuperar³⁷. Entende-se que, se o autor da conduta criminosa não praticar outro delito por um longo período, há indícios de que ele, sem ter sido punido, alcançou o fim da readaptação³⁸. Dessa forma, a punição tardia mostra-se desnecessária.

A pena imposta quando da aplicação da indenização punitiva também perderia seu efeito de readaptar o autor do ato ilícito caso demorasse a ser fixada. Há o prazo prescricional do artigo 206, §3º, V, do Código Civil³⁹ para evitar essa demora, no entanto, a existência desse prazo pode não ser suficiente, tendo em vista que a ação judicial pode ser proposta dentro do prazo prescricional, mas o processo judicial pode se prolongar no tempo.

Esse efeito negativo de aumento das ações judiciais só ocorrerá se os fornecedores não implementarem as melhorias para evitar a ocorrência de danos morais. É possível que, inicialmente, quando todos os tribunais brasileiros passarem a aplicar a indenização punitiva, sem afastá-la com fundamento no princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, haja esse aumento do número de demandas, no entanto, os fornecedores logo se adaptarão a essa realidade e farão as melhorias necessárias, tornando seus produtos e serviços adequados para consumo. Dessa forma, o efeito da indenização punitiva será, na verdade, de redução do número de ações judiciais fundadas em danos morais.

CONCLUSÃO

O instituto da indenização punitiva foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas ainda encontra resistência em alguns tribunais. Há óbice em sua aplicação por aqueles que entendem que a responsabilidade civil não tem caráter punitivo e, também, por aqueles que não concordam com sua aplicação irrestrita em razão do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Dessa forma, apesar de a discussão sobre a compatibilidade desse instituto com o

³⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 873.

³⁸NORONHA apud Ibid.

³⁹BRASIL, op. cit., nota 4.

ordenamento pátrio ter sido superada, sua aplicação ainda não é pacífica nos tribunais brasileiros.

A indenização punitiva surgiu porque a condenação em uma mera compensação por danos morais não se mostrou suficiente para evitar a prática de novos danos. Foi necessária adoção de um caráter punitivo para tentar diminuir as ocorrências ilícitas e, como o ordenamento jurídico brasileiro não veda que a responsabilidade civil tenha caráter punitivo, não há empecilhos para essa penalidade civil.

Não há que se falar em incompatibilidade com o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, pois o valor da indenização é fixado de acordo com o princípio da razoabilidade, de forma que o Magistrado aplica uma pena proporcional à gravidade da situação. Além disso, o valor da indenização punitiva – separado da quantia destinada à reparação por danos morais – não precisa ser necessariamente para a vítima do dano. É possível destinar o valor a uma fundação, de escolha do Juiz ou da vítima, como, por exemplo, uma instituição que visa a proteção dos direitos dos consumidores.

Os efeitos da indenização punitiva mostram que a aplicação desse instituto seria boa para a sociedade e para o Poder Judiciário. Como os fornecedores de produtos e serviços precisam melhorar o que oferecem ao mercado para evitar a ocorrência de danos e, assim, não serem condenados ao pagamento de vultosas quantias a título de indenização punitiva, haverá um número menor de vítimas e, também, de ações judiciais buscando a indenização por danos morais.

É verdade que a possibilidade de aumento de demandas visando a compensação por danos morais no início, gerando uma sobrecarga para o Poder Judiciário, é motivo de preocupação. No entanto, a longo prazo, os efeitos seriam muito positivos, já que os produtos e serviços colocados no mercado seriam sempre de boa qualidade e adequados para consumo, tendo em vista que os fornecedores evitariam a ocorrência de danos e, conseqüentemente, o pagamento de indenizações, pois a reparação de danos deixaria de ser mais vantajosa que a melhoria de seus produtos e serviços.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, nº 36, 2006, p. 135-168. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 18. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.



BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 out. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 850273 / BA*. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP). Data de Julgamento: 03/08/2010. Data de Publicação: 24/08/2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602623771&dt_publicacao=24/08/2010>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 0004620-85.2016.8.07.0014*. Relator: Desembargador João Egmont. Data de Julgamento: 11/03/2020. Data de Publicação: 12/03/2020. Disponível em: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=d0873a11a50921d95db0ed7d0f2674cdedc5747cf21a7f6b6ed4e5b97968faa39019dd1449a4e62ff88254202cc01abf5e3bba7a616055&idProcessoDoc=14917026>>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 0712900-66.2018.8.07.0003*. Relator: Desembargador Romeu Gonzaga Neiva. Data de Julgamento: 27/02/2020. Data de Publicação: 11/03/2020. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 0708846-29.2019.8.07.0001*. Relator: Desembargador Luís Gustavo B. de Oliveira. Data de Julgamento: 17/06/2020. Data de Publicação: 06/07/2020. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 0002751-77.2011.8.24.0018*. Relator: Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos. Data de Julgamento: 18/12/2018. Data de Publicação: 09/01/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0002751-77.2011.8.24.0018&cdProcesso=P0000XFPV0000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=uwg8ybZouNawDM9FwxMa%2F3uN3atjMFObQgdStW3%2FkXBNrVzxw2C62CW%2B9ccemwn1IOVgawujcZd5gLRlJONAM%2FHYsbwy7onWJp5uMZVnBFSAn40nkYjVOle%2BOrmcwqa7H65MKTQByOJGIQcvXEsXun6zk6wlkUfmzVeHm20pAkDPz%2FqVQ%2B04hI3hSDXGfqPyyQUT%2FhO07DFcDZuee%2F%2FIpInrbPq9Z0%2FgumtEi76oWNtoRnbhT21hqH9G%2FY5TkzLkZ%2BVvESlqvhFNULyKI%2F6aFsgQb2j%2BlyD3aaVXySp6Mv6hmqz2YIVOzR0VhQGxqKXtLsyRL3QdWDBtATuBXM3ch03%2FAxgM0rGFcIfTfOWB4lvWHIVnp1Mi1xi3ornrke>>. Acesso em: 15 set. 2020.



_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 0302586-45.2015.8.24.0008*. Relator: Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos. Data de Julgamento: 07/05/2020. Data de Publicação: 12/05/2020. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=punitivo%20damages&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAACeQBAAP&categoria=acordao_5>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 1004229-45.2020.8.26.0564*. Relator: Desembargador Soares Levada. Data de Julgamento: 10/09/2020. Data de Publicação: 10/09/2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13948649&cdForo=0>>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0003267-59.2018.8.19.0061*. Relatora: Desembargadora Maria Helena Pinto Machado. Data de Julgamento: 10/09/2020. Data de Publicação: 14/09/2020. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004556E5C2C510C4B420223DAD41583D1CFC50D1406294C>>. Acesso em: 12 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0049067-96.2018.8.19.0001*. Relator: Desembargador Pedro Freire Raguinet. Data de Julgamento: 09/07/2019. Data de Publicação: 19/07/2019. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000422568BB0318F404DBAE266E11D127F2C50A4A0A521B>>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 343*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/4837891/sumulas.pdf?v=06>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

NORONHA apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 18. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.



IMUNIDADE MATERIAL PARLAMENTAR E *HATE SPEECH*: OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM DEFESA DA DEMOCRACIA

Isabela Vitório Bernardo do Nascimento

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

Resumo – a imunidade material parlamentar é de suma importância para a manutenção da autonomia inerente aos cargos eletivos dessa natureza, assegurando a liberdade de expressão no seio do parlamento. Devido à crescente polarização e acirramento das opiniões na seara política e social, a liberdade de expressão absoluta dos parlamentares passou a encobrir o uso indiscriminado do *hate speech*, ferindo frontalmente o direito das minorias, alvos desses discursos. O escopo do trabalho é abordar como a jurisprudência pretoriana trata a questão, perpassando o conceito de opinião politicamente incorreta e discurso de ódio e a necessidade de se criar critérios objetivos para identificar o *hate speech* e possibilitar sua responsabilização.

Palavras-chave – Direito Constitucional. *Hate speech*. Imunidade Parlamentar. Liberdade de Expressão. Democracia.

Sumário – Introdução. 1. Critérios adotados pela jurisprudência brasileira acerca dos limites da imunidade material parlamentar. 2. O estigma do politicamente correto e a linha tênue entre o discurso de ódio e o politicamente incorreto. 3. *Hate speech* no contexto parlamentar: a necessidade de criação de critérios objetivos para identificar o discurso de ódio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda os limites da liberdade de expressão no tocante à imunidade parlamentar. Nesse sentido, objetiva-se discutir o liame entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, trazendo à baila os malefícios de se defender a liberdade de expressão irrestrita nesse contexto.

Muito embora a imunidade material esteja em consonância com o princípio da liberdade de expressão e tenha grande importância para o exercício da função parlamentar, recentemente essa prerrogativa vem sendo colocada em voga, no que tange aos seus limites, após alguns episódios no cenário político suscitarem a questão do que estaria abarcado pela imunidade parlamentar e o que poderia configurar verdadeiro discurso de ódio.

A questão enfrentada não encontra uma posição pacífica na jurisprudência, tampouco no âmbito doutrinário e, portanto, é de suma importância, vez que recorrente sua discussão no âmbito do Poder Judiciário. Além disso, no que tange ao aspecto social, o tema se revela de



suma importância, uma vez que o que é dito pelos parlamentares tem grande impacto no seio social, tanto positiva quanto negativamente.

O capítulo inaugural discute se a posição atualmente adotada no ordenamento jurídico pátrio tem sido suficiente para evitar as contendas no tocante à matéria ou ainda há pendências a se enfrentar.

No segundo capítulo, enfrenta-se a questão a qual até que ponto se pode dizer que certa declaração é apenas uma opinião politicamente incorreta ou é verdadeiramente um discurso de ódio. Para tanto, se esmiúça os mais diversos conceitos de discurso de ódio diferenciando-os do conceito de opinião politicamente incorreta e se demonstra o porquê de o discurso de ódio dever ser reprimido.

No terceiro, e último, capítulo indaga-se se os critérios hoje utilizados para caracterizar discurso de ódio geram dificuldade de impedir fatos que dessa natureza ocorram, pontuando e analisando os mecanismos existentes no ordenamento jurídico pátrio para combatê-lo.

A natureza da pesquisa é qualitativa, posto que analisa o fenômeno da liberdade de expressão baseado no aspecto subjetivo, voltada a compreender as atitudes, motivações e comportamentos do grupo em foco, qual seja os parlamentares. Ademais, é uma pesquisa explicativa, pois amadurece a discussão sobre o tema, e bibliográfica, seguindo o modelo dedutivo.

1. CRITÉRIOS ADOTADOS PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DOS LIMITES DA IMUNIDADE MATERIAL PARLAMENTAR

O tema da liberdade de expressão ganhou novos recortes e passou a ser largamente debatido no contexto histórico da modernidade. Isso ocorre porque os sujeitos são entendidos não mais como coadjuvantes, meras partes submetidas ao funcionamento orgânico da comunidade, e sim como indivíduos igualmente livres, independentes e antagônicos.¹

Assim, não há como conceber uma sociedade moderna, que se pretenda democrática, sem estabelecer mecanismos capazes de garantir a liberdade de expressão a seus membros, no âmbito da política, da religião, da moral, da economia e do social, como um todo. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma democracia esvaziada, sem efetivo poder de debate.

A história brasileira foi marcada por períodos nos quais o direito à liberdade de expressão sofreu grandes restrições, sobretudo durante o regime ditatorial, que se estendeu,

¹ ASSAF, Matheus. *Liberdade de expressão e discurso de ódio: por que devemos tolerar ideias odiosas*. Belo Horizonte: Dialética, 2019, p. 22.



sobretudo, durante os anos de 1964 a 1985. Tendo isso em vista, a discussão sobre os instrumentos capazes de proteger esse direito no país é fundamental para a manutenção do regime democrático.

Como dito, no contexto ditatorial, fica claro que os limites impostos pelo Estado à liberdade de expressão eram absolutamente equivocados e arbitrários. No entanto, no cenário de um regime democrático, do qual é pressuposto a liberdade de manifestação e de pensamento, a discussão acerca da imposição de limites é consideravelmente mais complexa, conforme salientado pelo professor Daniel Sarmiento²:

[...] mas é justamente neste novo cenário que surgem as questões mais complexas relacionadas à liberdade de expressão, envolvendo a imposição de limites a este direito fundamental, necessários à proteção de outros direitos igualmente importantes, como igualdade, privacidade, honra e devido processo legal. O quadro hoje é menos o de um Governo autoritário, tentando calar os críticos e dissidentes, e mais o de juizes e legisladores buscando fórmulas de equilíbrio entre princípios constitucionais colidentes.

Nesse contexto, se insere o debate acerca dos limites da liberdade de expressão, no que tange à imunidade material parlamentar, prerrogativa constitucional prevista no artigo 53 da Constituição Federal³ vigente. O dispositivo prevê não haver punição civil e penal pelas opiniões, palavras e votos, proferidos no exercício das funções de parlamentar, ou em decorrência delas; com o intuito de conceder-lhes independência funcional e garantir a autonomia do Poder Legislativo frente aos demais poderes.

Os questionamentos acerca do tema não conduzem a um entendimento pacífico na doutrina, na jurisprudência ou no âmbito acadêmico, e são alvo constante de indagações na seara do Poder Judiciário. Isso porque, não raro, parlamentares proferem discursos e agem de tal maneira a trazer à tona essa temática, como se observará no estudo a seguir.

A Suprema Corte brasileira, como dito, não é uníssona acerca do tema. No julgamento do, então deputado federal, Jair Messias Bolsonaro, no ano de 2018, que havia sido denunciado pela prática descrita no art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89⁴, o Ministro relator do processo, Alexandre de Moraes, expôs no seu voto os critérios que até então eram utilizados com certa

² SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"*. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020.

⁴ BRASIL. *Lei nº 7.716/89*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 15 mai. 2020.



frequência pelo STF a respeito do caráter absoluto ou relativo da imunidade parlamentar material.

O Ministro sustenta que tal prerrogativa é absoluta quando os pronunciamentos dos parlamentares forem proferidos dentro da respectiva Casa Legislativa, afastando a necessidade de análise do nexos de causalidade entre o discurso e o exercício da função do parlamentar. O parlamentar, então, não poderia ser processado e julgado pelas palavras e votos exprimidos nesse ambiente, mas estaria sujeito à censura política por eventuais excessos, pelos seus pares.⁵

Em contrapartida, no tocante às palavras, opiniões e expressões manifestadas fora do Parlamento, a prerrogativa é relativa. Assim sendo, torna-se forçosa a presença de nexos de causalidade entre o conteúdo da manifestação e o exercício do mandato ou as funções parlamentares ligadas à crítica política, prestação de contas ou informação do cidadão⁶. Dessa forma, é possível falar em mitigação da imunidade parlamentar nesse caso.

O primeiro entendimento, da inviolabilidade parlamentar, foi idealizado por William Blackstone, e o segundo, acerca da relativização da imunidade, por John Stuart Mill. O Ministro preconiza que ambas as teorias são compatíveis com a Constituição de 1988, apesar de essa não ter adotado expressamente uma específica.

Ocorre que, ao se optar pela adoção da teoria da inviolabilidade, e, assim, afastar a necessidade de análise do nexos de causalidade entre a manifestação do parlamentar e o exercício da sua função, ao mesmo tempo que se garante maior autonomia e liberdade ao congressista, essenciais para a efetivação da democracia, é possível que se esteja negligenciando eventuais discursos que potencializem o ódio e acarretem graves consequências sociais.

No episódio supramencionado, o ex-deputado federal Jair Bolsonaro foi absolvido pelo voto da maioria dos Ministros, após se referir de modo negativo e discriminatório a quilombolas, indígenas, refugiados, mulheres e LGBTs, conforme consta da denúncia, oferecida pela, então procuradora-geral da República, Raquel Dodge:⁷

[...] Jair Bolsonaro tratou com total menoscabo os integrantes de comunidades quilombolas. Referiu-se a eles como se fossem animais, ao utilizar a palavra “arroba”. Esta manifestação, inaceitável, alinha-se ao regime da escravidão, em que negros eram tratados como mera mercadoria, e à ideia de desigualdade entre seres humanos, o que é absolutamente refutado pela Constituição brasileira e por todos os Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário, que afirmam a igualdade entre seres humanos como direito humano universal e protegido.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *INQ n° 4694*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437294>> Acesso em: 15 mai. 2020.

⁶ *Ibidem*.

⁷ BRASIL, op. cit. nota 5.



À época, os Ministros sustentaram que o foi dito por ele guardava relação com o exercício da função de parlamentar, porque estava discursando na condição de deputado e sobre políticas das quais discordava, e “não teriam extrapolado para um verdadeiro discurso de ódio, de incitação ao racismo ou à xenofobia [...]”, nas palavras do Relator⁸.

A posição do Supremo Tribunal Federal pela adoção da teoria da inviolabilidade aparenta estar se modificando. Em recente decisão da Primeira Turma, foi recebida queixa-crime contra o ex-deputado federal Wladimir Costa pela prática dos crimes de difamação e injúria por, entre outras ofensas, ter chamado integrantes da classe artística de “verdadeiros vagabundos da Lei Rouanet”, durante discurso proferido no Plenário da Câmara dos Deputados.⁹

Na decisão de recebimento da denúncia, a Turma sustentou que “o fato de o parlamentar estar na Casa Legislativa no momento em proferiu as declarações não afasta a possibilidade de cometimento de crimes contra a honra [...]”.¹⁰ Sendo assim, afastou a teoria blackstoniana e adotou a de Stuart Mill, uma vez que, mesmo no ambiente do parlamento, não se observou a inviolabilidade.

Observa-se, portanto, que duas das principais questões acerca do tema são (i) a adoção ou não da teoria da inviolabilidade, que preconiza que dentro do Parlamento a imunidade material parlamentar é absoluta, e (ii) adotando-a ou não, quais seriam as balizas definidoras do discurso de ódio e do que seria mera opinião politicamente incorreta, que será tratado mais adiante.

Nesse sentido, ainda há questões a serem enfrentadas pelo Supremo no tocante ao assunto, no sentido de se objetivar os critérios do que seria considerado discurso de ódio e se ele estaria inserido na prerrogativa da imunidade material parlamentar. Para tanto, é necessário ter em mente a dualidade da liberdade de expressão e da defesa da integridade moral, psíquica e, em última análise, física, dos grupos atingidos pelos eventuais discursos de ódio, que também põem em xeque a democracia.

⁸ BRASIL, op. cit. nota 5.

⁹ BRASIL. Notícias STF. *1ª Turma recebe queixa-crime contra ex-deputado Wladimir Costa (SD-PA) por ofensas contra artistas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=438954>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

¹⁰ BRASIL. Informativo STF. *Brasília, 9 a 13 de março de 2020 - Nº 969*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo969.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

2. O ESTIGMA DO POLITICAMENTE CORRETO E A LINHA TÊNUE ENTRE O DISCURSO DE ÓDIO E O POLITICAMENTE INCORRETO

Dada a importância da liberdade de expressão no contexto de um regime democrático, não se trata de considerar qualquer opinião polêmica ou impopular como discurso de ódio. Partindo dessa premissa, há muito se tenta definir as balizas do que seria propriamente um discurso de ódio e o que retrataria apenas uma opinião “politicamente incorreta”, a fim de que se empregue o tratamento adequado a cada situação.

Inicialmente, faz-se necessário um breve apanhado histórico sobre os significados e a origem do termo “politicamente correto” e, por consequência, do termo “politicamente incorreto”. Moira Weigel¹¹, pesquisadora da Universidade de Harvard, sustenta que o termo foi utilizado nos Estados Unidos, de início, por minorias, como negros ativistas, pessoas de esquerda, feministas e membros do movimento estudantil. Nesse contexto, o termo tinha tom jocoso, era utilizado com conotação irônica e autocrítica.

Após os anos 1990, num momento de discordância nacional, a nova direita se apropriou do termo com o fim de criticar, principalmente, professores e acadêmicos em universidades, reagindo a um suposto autoritarismo ideológico da esquerda imposto à juventude americana. Constatou-se, portanto, que esse conceito de politicamente correto seria mais próximo do que se observa atualmente, segundo Moira.¹²

Nesse sentido, a pesquisadora¹³ sustenta, em seu artigo “Um álibi para o autoritarismo”, publicado na Serrote, revista do Instituto Moreira Salles (IMS), o seguinte:

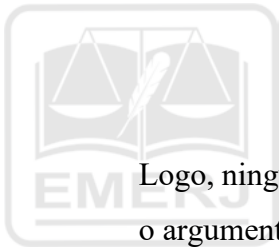
[...] a expressão “politicamente correto” é usada para desqualificar, de diversas formas, qualquer tipo de ação que denuncie a naturalização dos valores e privilégios de uma sociedade branca, heteronormativa e capitalista. Identificado caricaturalmente com a esquerda, o termo vem sendo usado como sinônimo de radicalismo – mas, na prática, a história é outra.

Sendo assim, na atualidade, especialmente no âmbito político, mas de uma forma geral em toda a sociedade, o dito “politicamente correto” carrega uma conotação altamente negativa.

¹¹ MARTINS, Elisa. *Estudiosa do politicamente correto afirma que ele não existe. É um inimigo imaginário*. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/estudiosa-do-politicamente-correto-afirma-que-ele-nao-existe-um-inimigo-imaginario-23374222>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

¹² COLLETTA, Ricardo D. *O discurso contra o politicamente correto é uma retórica que inviabiliza o debate democrático*. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/20/politica/1534788456_384604.html>. Acesso em: 26 ago. 2020.

¹³ WEIGEL, Moira. *Um álibi para o autoritarismo*. Disponível em: <<https://www.revistaserrote.com.br/2018/10/um-alibi-para-o-autoritarismo-por-moira-weigel/>>. Acesso em: 26 ago. 2020.



Logo, ninguém se autointitula dessa forma e o termo passou a ser utilizado para desacreditar o argumento de adversários ideológicos, em qualquer tipo de debate. Assevera Weigel¹⁴:

[...] se dizemos que algo está tecnicamente correto, sugerimos que está errado – o advérbio antes de “correto” implica um “porém”. No entanto, dizer que uma declaração é politicamente correta sugere algo mais insidioso. A saber, que o falante está agindo de má-fé. Que tem segundas intenções e esconde a verdade para promover seus interesses ou afirmar superioridade moral. Dizer que uma pessoa está sendo “politicamente correta” significa um descrédito duplo. Primeiro, ela está errada. Segundo, e ainda pior, ela sabe disso.

Essa estratégia tem sido largamente utilizada, como dito, na seara política atual. Apontar o candidato adversário como politicamente correto implica na desqualificação desse e, na mesma toada, se dizer politicamente incorreto gera, em parte do eleitorado, um sentimento de honestidade intelectual, clareza e autenticidade daquele que o faz. Essa foi a conclusão a que chegou o estudo de Michael Rosenblum, Juliana Schroeder, ambos da Universidade da Califórnia, e Francesca Gino¹⁵, da Universidade de Harvard.

O estudo supramencionado buscou estudar como a utilização do discurso politicamente incorreto impulsiona figuras públicas. Assim, conceituaram o termo politicamente correto como sendo o ato de usar “linguagem ou comportamento para se mostrar sensível ao sentimento alheio, especialmente ao dos que parecem em desvantagem social”.¹⁶ Baseado nesse conceito, o sujeito politicamente incorreto seria aquele que não se importa em utilizar termos considerados pejorativos e se comportar de modo a ofender determinados grupos.

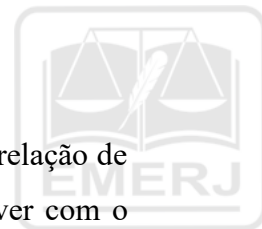
Os estudiosos concluíram, também, que a percepção acerca do uso do politicamente correto e incorreto depende da posição política e ideológica daqueles a quem o discurso é dirigido. Isso porque, quando o discurso politicamente correto visa a proteger um grupo com o qual o interlocutor não se identifica, nem simpatiza, ele não é visto como autêntico, e sim demagogo. Dessa forma, o mesmo interlocutor pode mudar a sua percepção a respeito do discurso politicamente correto se ele visar a proteger um grupo de sua esfera de interesse, passando a ser visto, nesse caso, como necessário.

Dessa forma, depreende-se que o uso do discurso politicamente correto e incorreto não tanto tem a ver com partidos políticos ou vertentes ideológicas específicas, como se tenta fazer

¹⁴ Ibid.

¹⁵ BERTONI, Estevão. *Como o politicamente incorreto impulsiona figuras públicas*. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2019/12/20/Como-o-politicamente-incorreto-impulsiona-figuras-p%C3%BAblicas>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

¹⁶ Ibid.



acreditar, e sim com o grupo do qual se fala, do interlocutor para quem se fala e da relação de simpatia ou antipatia deste com aquele. Assim, quanto mais simpatia o locutor tiver com o grupo do qual se fala, mais politicamente correto será a sua fala e, caso o interlocutor compartilhe dessa simpatia, melhor ele receberá o discurso – aplicando-se a mesma lógica ao discurso politicamente incorreto.

Não obstante os malefícios que o discurso politicamente incorreto possa causar aos grupos por ele atingidos, como por exemplo, o sentimento de inferioridade e não pertencimento, o direito constitucional à liberdade de expressão e o regime democrático garantem a sua utilização. O ponto nevrálgico da discussão consiste, justamente, em diferenciar o discurso politicamente incorreto do discurso de ódio, uma vez que o primeiro deve ser permitido, podendo-se discutir a conveniência ou não do seu uso; e o segundo deve ser reprimido, em prol da manutenção do regime democrático.

O jurista Daniel Sarmiento¹⁷ conceitua o discurso de ódio como a manifestação de intolerância ou desprezo contra determinados grupos, incitado por preconceitos relacionados à etnia, religião, deficiência física ou mental, gênero ou orientação sexual. Portanto, o discurso de ódio deve ser reprimido, porque ele não representa tão somente uma opinião impopular, uma falta de apreço na linguagem ou uma visão antipática contra outrem, e sim, de acordo com Bhikhu Parekh¹⁸, “implica hostilidade, (...) desejo de prejudicar ou destruir, a vontade de tirar membros de um grupo alvo do seu caminho, uma declaração de guerra contra um grupo ou indivíduos pertencentes a ele por uma característica particular ou um conjunto delas”.

A realidade que se enfrenta atualmente, tanto no âmbito político como social, é a da ascensão de discursos inflamados, que tendem ao autoritarismo e, em última análise, ao discurso de ódio. No entanto, o *hate speech* não se encontra apenas nessa roupagem, podendo ser expresso também na forma de ironia, piada, ambiguidade, entre outras formas teoricamente menos agressivas. Diante disso, é necessário reafirmar que os efeitos do discurso de ódio na sociedade são altamente deletérios, produzindo males que podem ser sutis, mas altamente perniciosos, como a intimidação, o recolhimento dos membros dessas minorias estigmatizadas e a afetação do autorrespeito e da autoestima dos grupos atingidos.¹⁹

¹⁷SARMENTO, op. cit. nota 2.

¹⁸PAREKH apud PAULINO, Lucas Azevedo. Imunidade Material Parlamentar, Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: parâmetro para o tratamento jurídico do hate speech parlamentar. In: Rodolfo Viana Pereira. (Org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio?* V. I. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático - IDDE, 2018, v. 1, p. 145-146.

¹⁹Ibid.



O combate ao discurso de ódio, no Brasil, tem como fundamento, além da Constituição Federal, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dos quais o país é signatário, que visam a coibir discriminações e o racismo. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determina, no art. 19.3²⁰, que a liberdade de expressão deve ser condicionada ao dever de “assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas”, assim como que é dever dos Estados proibirem, por lei, a apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação.²¹

Nessa perspectiva, caberá ao Poder Judiciário, ao analisar as questões pertinentes a esse tema, diferenciar, na prática, o discurso de ódio de uma opinião politicamente incorreta, baseando-se em critérios predominantemente objetivos para tal. Assim, com a resposta repressiva do Estado, numa espécie de prevenção geral positiva²², intenta-se a diminuição da incidência do discurso de ódio em todas as esferas da sociedade.

Pelo exposto, é possível perceber que o discurso de ódio, diferentemente do discurso politicamente incorreto, destina-se à exclusão, e, em última análise, à extinção de determinado grupo – normalmente, já marginalizado – do convívio em sociedade, o que vai de encontro com o próprio conceito de regime democrático. Visto isso, em que pese haja argumentos que defendam a liberdade de expressão de forma quase absoluta, sobretudo no âmbito da imunidade parlamentar, é necessário sopesar todos os direitos fundamentais envolvidos na questão, entendendo descabido e pernicioso o discurso de ódio na construção de uma sociedade isonômica e democrática.

3. *HATE SPEECH* NO CONTEXTO PARLAMENTAR: NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA IDENTIFICAR O DISCURSO DE ÓDIO

Conforme demonstrado anteriormente, a utilização do discurso politicamente incorreto é crescente no âmbito político e, tendo em vista a linha tênue que existe entre ele e o discurso de ódio, é necessário traçar parâmetros objetivos para diferenciá-los. Assim, torna-se possível a responsabilização daqueles que proferem o discurso de ódio, mesmo no âmbito parlamentar, configurado o abuso de direito.

²⁰ BRASIL. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

²¹ PAULINO, op. cit. nota 18.

²² A Teoria da Prevenção Geral Positiva, inserida no âmbito do Direito Penal, busca gerar efeitos sobre os indivíduos não-criminalizados da sociedade, não no sentido de os intimidarem para se omitirem da prática do ilícito, mas para produzir um acordo para reafirmar a confiança no sistema coletivo. Em suma, é um reforço de autoridade do Estado, restabelecendo a confiança da sociedade.



O abuso de direito, disciplinado no art. 187 do Código Civil²³, configura-se quando o titular de um direito excede os limites impostos pelo seu fim. No presente contexto, quando o parlamentar, não obstante esteja albergado pela imunidade parlamentar, profere um discurso de ódio, ele abusa de sua prerrogativa e deve ser responsabilizado. Mais especificamente, no âmbito político dos parlamentares, o abuso das prerrogativas configura quebra de decoro parlamentar, conforme art. 55, § 1º da CRFB/88²⁴.

Constatado o abuso, o parlamentar pode ser julgado e punido na esfera política, criminal e cível, porém elas se mostram de baixa aplicabilidade e efetividade. No que tange à esfera política, a quebra de decoro parlamentar pode ensejar, em última análise, a perda do cargo eletivo. Nesse caso, o agente será julgado pelo Conselho de Ética e Decoro, composto por membros do próprio legislativo. Ocorre que, conforme constam os dados, “em 30 anos de atuação parlamentar, apesar de um verdadeiro show de denúncias (...), apenas 27 políticos acabaram cassados por quebra de decoro”.²⁵ Cria-se, então, na sociedade, um sentimento de impunidade e ineficiência.

Independentemente da responsabilização do parlamentar na esfera política, ele também pode ser penalizado no âmbito civil e criminal. No primeiro caso, o processamento e julgamento fica a cargo da justiça comum e, no segundo caso, do Supremo Tribunal Federal, em razão do foro por prerrogativa de função, conforme art. 102, inciso I, “b”, da CRFB/88²⁶.

A fim de que todas essas hipóteses de responsabilização possam ser analisadas, é preciso, o quanto antes, traçar parâmetros objetivos acerca da identificação do discurso de ódio. Apesar de imprescindíveis, esses parâmetros ainda não foram bem delineados pelo legislador ou pelo Supremo Tribunal Federal. É necessário entender e problematizar os limites jurídico-constitucionais e democráticos hábeis a compreender a imunidade parlamentar como um desdobramento da liberdade de expressão dos parlamentares, para que esses não se sintam autorizados a utilizarem indiscriminadamente essa prerrogativa como um instrumento de violência contra determinados setores da sociedade.²⁷

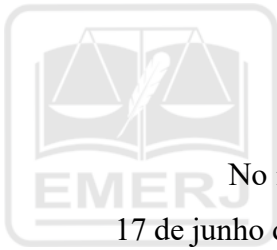
²³ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

²⁴ BRASIL, op. cit. nota 3.

²⁵ FREITAS, Gustavo. *Corrupção, briga e cuspe*: quebra de decoro e por que ela é quase lenda no Brasil. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2019-08-30/corrupcao-briga-e-cuspe-quebra-de-decoro-e-por-que-ela-e-quase-lenda-no-brasil.html>>. Acesso em: 13 set. 2020.

²⁶ BRASIL, op. cit. nota 3.

²⁷ COSTA, Fabrício V.; PINTO, Alisson A. Discurso de ódio e os limites jurídico-constitucional-democráticos da imunidade parlamentar na Constituição Federal de 1988. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. 2019, v. 43, p. 03.



No mesmo sentido, a Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD), em 17 de junho de 2020, ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental com o intuito de que o STF trace as balizas necessárias para identificar o discurso de ódio, a fim de apartá-lo do direito fundamental à liberdade de expressão. A ADPF foi proposta no contexto de manifestações com disparos de fogos de artifício na direção do edifício do STF, pelo grupo que se autodenomina “300 do Brasil”, enquanto xingavam os juízes dessa Corte.²⁸

Para tanto, A ABJD requer uma interpretação conforme a Constituição Federal a fim de proibir manifestações, nas ruas ou nas redes sociais, que possuam como bandeiras o discurso de ódio, a instigação de crime e violência contra pessoas, autoridades e coletivos, de discriminação racial, de gênero, de religião, de opção política ou de orientação sexual, ou que atentem contra os poderes constituídos e a democracia.²⁹ Assim, se conhecida e julgada, a decisão da ADPF poderá vincular o Poder Judiciário, ao trazer os critérios e parâmetros do que se entende por discurso de ódio.

Como dito, além o STF ainda não ter estabelecido esses parâmetros, em sede de controle concentrado, assim também não o fez o legislador, em sua atividade típica legiferante. A necessidade de tipificação de condutas que envolvam *hate speech* foi ventilada pelo Ministro Luís Roberto Barroso³⁰, ao rejeitar a denúncia do Ministério Público Federal em face do parlamentar Marco Feliciano, que publicou em sua conta no Twitter que “a podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição”:³¹

Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de *hate speech*, como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional. De modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita.

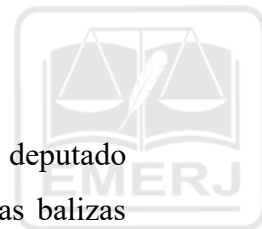
Nesse julgado, é possível observar que, não obstante a verificação da presença do discurso de ódio nas manifestações do parlamentar Marco Feliciano, a falta de regulamentação

²⁸RODAS, Sérgio. *ABJD pede que Supremo diferencie discurso de ódio de liberdade de expressão*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-17/abjd-stf-diferencie-discurso-odio-liberdade-expressao>>. Acesso em: 12 set. 2020.

²⁹Ibid.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *INQ n° 3590*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176#:~:text=Eu%20at%C3%A9%20consideraria%20razo%C3%A1vel%20que,que%20essa%20lei%20n%C3%A3o%20existe.>> Acesso em: 13 set. 2020.

³¹CONSULTOR JURÍDICO. *Supremo rejeita denúncia contra Feliciano por crime de homofobia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-12/stf-rejeita-denuncia-feliciano-homofobia>>. Acesso em: 13 set. 2020.



acerca do assunto impediu que medidas mais efetivas fossem tomadas em face do deputado federal. Sendo assim, para além da definição do que é discurso de ódio e das suas balizas limitadoras, impõe-se, também, a regulamentação das consequências que envolvam a sua prática.

Dessa forma, com critérios bem definidos acerca do discurso de ódio, é possível estabelecer limites à liberdade de expressão no âmbito da imunidade parlamentar, sem que se esvazie a prerrogativa, que é imprescindível à democracia. Isso porque, pensar o discurso de ódio nas manifestações do parlamentar permite, num primeiro momento, que ele seja identificado, demarcando-se a expressão como fora do campo democrático. Assim, é possível marcar, isolar e combater essas falas dentro do contexto da dinâmica parlamentar.³²

Nesse sentido, a imunidade parlamentar deve ser entendida não como uma regra, e sim como um princípio, e, assim sendo, deve ser ponderada quando em conflito com os demais princípios integrantes da Constituição Federal vigente. Tendo isso em vista, frente a um insulto grave proferido por um parlamentar que, sem qualquer razão ou fundamento, ofende as minorias étnicas ou culturais, defende doutrinas nazistas ou xenófobas, prega o genocídio ou incita a prática de terrorismo, é provável e admissível que as circunstâncias e o peso dos princípios envolvidos levem o julgador a afastar a regra constitucional insculpida no art. 53 da CF.³³

Pelo exposto, nota-se que há diversas questões em aberto acerca do tema do discurso de ódio, como um todo, que ainda é pouco explorado no Brasil, em que pese esteja cada vez mais presente no âmbito político e social, em razão do movimento de polarização acentuado. No entanto, dado os efeitos nocivos do uso desse discurso, sobretudo pelos parlamentares, tendo em vista a função que exercem de representar os interesses dos cidadãos, faz-se urgente a sua regulamentação.

CONCLUSÃO

A pesquisa em comento retrata o dilema acerca do qual se busca sopesar o princípio da liberdade de expressão e da prerrogativa constitucional da imunidade parlamentar, tendo como baliza limitadora o discurso de ódio. A controvérsia se materializa no fato de que os parlamentares gozam de imunidade material e, portanto, a responsabilização por eventuais

³² COSTA; PINTO, op. cit., p. 04.

³³ DIAS; LAURENTIIS apud ibid., p. 17.



discursos de ódio por eles proferidos revela-se dificultada. Além disso, a ausência de parâmetros objetivos para conceituar o *hate speech* ratifica esse impasse.

A Suprema Corte brasileira vem aderindo à teoria da inviolabilidade, na qual a prerrogativa da imunidade legislativa, relativamente aos pronunciamentos no âmbito do próprio parlamento, é absoluta. Esse raciocínio, todavia, como visto ao longo da pesquisa, mostra-se altamente pernicioso para a manutenção da democracia, porquanto encobre o discurso daquele que pretende desqualificar e excluir as minorias do debate e da convivência social.

Nessa lógica, o presente trabalho, no segundo capítulo, ressaltou a importância de se entender o movimento ideológico que contextualiza o emprego de discursos de ódio em larga escala, sobretudo por figuras políticas, e a consequência da sua utilização na sociedade. Para tanto, foi necessário desmembrar a concepção do discurso politicamente correto e incorreto, para, ao final, compreender o que é, propriamente, um discurso de ódio.

Constatou-se, durante os estudos, que a dificuldade de identificação do *hate speech*, além de ser oriunda da sua relação tênue com o discurso politicamente incorreto, o qual, este, não merece punição, decorre também do fato de o judiciário e o legislativo não terem definido critérios objetivos para a sua detecção. Em razão disso, tendo em vista a proteção da segurança jurídica e da isonomia quando da resposta do judiciário a essas demandas, torna-se prejudicada a responsabilização dos parlamentares, em razão da falta de tipificação dessa conduta ou da criação de critérios objetivos para o seu reconhecimento.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora se traduz no fato de que a teoria da inviolabilidade não deve ter o condão de isentar os parlamentares da responsabilidade que possuem por suas falas e comportamentos, quando esses se revelarem odiosos. A quebra da inviolabilidade da prerrogativa, diante da verificação do discurso de ódio, se justifica, sobretudo, em virtude da posição de grande evidência que ocupam perante a sociedade, em razão da representatividade a eles inerente, que deve se dar em favor de todos e não apenas da parcela do eleitorado que os elegeram.

Dessarte, condutas atentatórias à dignidade das minorias, que visam a inferiorizar esses grupos, devem ser duramente rechaçadas, não obstante a necessidade de manutenção da prerrogativa da imunidade material parlamentar. À vista disso, o que se intenta não é tolher a liberdade de expressão dos congressistas, e sim alcançar a sua verdadeira finalidade, que perpassa, necessariamente, a não propagação de discursos com vieses discriminatórios, dado os efeitos altamente deletérios para a manutenção do regime democrático e, em última análise, para a própria existência dos ofendidos.

REFERÊNCIAS

ASSAF, Matheus. *Liberdade de expressão e discurso de ódio: por que devemos tolerar ideias odiosas?* Belo Horizonte: Dialética, 2019.

BERTONI, Estevão. *Como o politicamente incorreto impulsiona figuras públicas*. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/12/20/Como-o-politicamente-incorreto-impulsiona-figuras-p%C3%BAblicas>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. *Lei nº 7.716/89*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *A G. REG. na petição 5.714 Distrito Federal*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14203323>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 115.397 Espírito Santo*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13287503>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Petição 5.705 Distrito Federal*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13792615>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *INQ 4694*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437294>> Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *INQ 3590*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176#:~:text=Eu%20at%C3%A9%20consideraria%20razo%C3%A1vel%20que,que%20essa%20lei%20n%C3%A3o%20existe.>> Acesso em: 13 set. 2020.

_____. *Rejeitada denúncia contra o deputado Jair Bolsonaro por incitação ao racismo*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389384>>. Acesso em: 10 abr. 2020.



CASAGRANDE, Cássio. *Imunidade de palavra e cassação de parlamentar nos EUA*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/imunidade-de-palavra-e-cassacao-de-parlamentar-nos-eua-04112019>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

COLLETTA, Ricardo D. *O discurso contra o politicamente correto é uma retórica que inviabiliza o debate democrático*. Disponível em < https://brasil.Elpais.com/brasil/2018/08/20/politica/1534788456_384604.html>. Acesso em: 26 ago. 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. *Supremo rejeita denúncia contra Feliciano por crime de homofobia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-12/stf-rejeita-denuncia-feliciano-homofobia>>. Acesso em: 13 set. 2020.

COSTA, Fabrício V.; PINTO, Alisson A. Discurso de ódio e os limites jurídico-constitucional-democráticos da imunidade parlamentar na Constituição Federal de 1988. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. V. 43, 2019.

FREITAS, Gustavo. *Corrupção, briga e cuspe: quebra de decoro e por que ela é quase lenda no Brasil*. Disponível em: < <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2019-08-30/corruptao-briga-e-cuspe-quebra-de-decoro-e-por-que-ela-e-quase-lenda-no-brasil.html>>. Acesso em: 13 set. 2020.

MARTINS, Elisa. *Estudiosa do politicamente correto afirma que ele não existe. É um inimigo imaginário*. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/estudiosa-do-politicamente-correto-afirma-que-ele-nao-existe-um-inimigo-imaginario-23374222>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

MOREIRA, Julia C. A. *Qual é a resposta do parlamento ao discurso de ódio?* Reflexões acerca dos procedimentos disciplinares por quebra de decoro e dos limites constitucionais às imunidades parlamentares. In: Rodolfo Viana Pereira. (Org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio?* V.I. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático - IDDE, 2018, p. 89-116.

NOTÍCIAS STF. *1ª Turma recebe queixa-crime contra ex-deputado Wladimir Costa (SD-PA) por ofensa contra artistas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=438954>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

ODILLA, Fernanda; IDOETA, Paula A. *O que é a Lei de Segurança Nacional, evocada pelo Ministério Público para pedir investigação de protestos pró-ditadura*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52360118>> Acesso em: 11 mai. 2020.

PAREKH apud PAULINO, Lucas Azevedo. *Imunidade Material Parlamentar, Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: parâmetro para o tratamento jurídico do hate speech parlamentar*. In: Rodolfo Viana Pereira. (Org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio?* V. I. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático - IDDE, 2018, p. 145-146.

PAULINO, Lucas A. *Imunidade Material Parlamentar, Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: parâmetro para o tratamento jurídico do hate speech parlamentar*. In: Rodolfo Viana



Pereira. (Org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio?* V. I. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático - IDDE, 2018, p. 137-162.

RODAS, Sérgio. *ABJD pede que Supremo diferencie discurso de ódio de liberdade de expressão*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-17/abjd-stf-diferencie-discurso-odio-liberdade-expressao>>. Acesso em: 12 set. 2020.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”*. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

WEIGEL, Moira. *Um alibi para o autoritarismo* Disponível em: :<<https://www.revistaserrote.com.br/2018/10/um-alibi-para-o-autoritarismo-por-moira-weigel/>>. Acesso em: 26 ago. 2020.



DA EFETIVIDADE DO AUMENTO DE 30 PARA 40 ANOS DO TEMPO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Isabella Azevedo Barcelos

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF. Advogada.

Resumo – a Lei nº 13.964/2019, o chamado Pacote Anticrime, alterou o tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade de 30 para 40 anos. Procura-se fazer uma reflexão se, de fato, as consequências da aplicação do novo limite de pena contribuirão para diminuir a sensação de impunidade no que se refere à aplicação das sanções penais, ou seja, a retribuição do crime e sua prevenção, ou se estão inseridas no campo do direito penal simbólico. A essência da pesquisa é analisar as motivações do Estado para realizar essa modificação normativa e examinar as repercussões práticas, bem como a efetividade de tal alteração legal para alcançar a finalidade política, social e ético-pessoal da pena e reduzir a criminalidade percebida tão gravemente na sociedade brasileira.

Palavras-chave – Direito Penal. Pena Privativa de Liberdade. Execução Penal.

Sumário – Introdução. 1. Fundamentos do Estado para estabelecer o tempo de cumprimento da pena. 2. Motivações da Lei nº 13.964/2019 para o aumento da pena máxima de 30 para 40 anos. 3. A efetividade do aumento da pena máxima de 30 para 40 anos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a efetividade do aumento de 30 para 40 anos do tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade, alteração realizada pela Lei nº 13.964/2019, o chamado Pacote Anticrime.

Sempre houve uma sensação de impunidade em relação às normas de direito penal e de execução penal, não só pelo tempo máximo de cumprimento da pena, que se refere a uma única condenação ou após a unificação das penas, mas também por causa das progressões, comutações e outros benefícios. Nesse contexto, procura-se analisar as possíveis repercussões práticas da alteração legal: será ela eficiente para redução da criminalidade ou é um caso de direito penal simbólico?

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os fundamentos para a fixação do tempo máximo da pena, a atuação do Estado ao estabelecer esse tempo, bem como a finalidade de haver uma pena máxima maior no Brasil. Nesse viés, sabendo que a criminalidade possui



características de alta complexidade, pretende-se refletir se o aumento de 10 anos fará diferença para a sociedade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as motivações do Estado para estabelecer o tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade, ou seja, o que é levado em consideração para estabelecer esse tempo e o que ele significa.

No segundo capítulo, tendo em vista a dupla finalidade da pena – retribuição e prevenção do crime, analisam-se as razões e os argumentos para a alteração da pena máxima, promovida pela Lei nº 13.964/2019.

O terceiro capítulo pesquisa as prováveis repercussões práticas dessa alteração. Procura-se examinar a efetividade do aumento da pena máxima de 30 para 40 anos para alcançar a finalidade política, social e ético-pessoal da pena. Para tanto, é necessário refletir se esse aumento pode contribuir para a redução da criminalidade e da sensação de impunidade no que tange as normas penais.

A pesquisa é elaborada pelo método hipotético-dedutivo. Tendo em vista que se pretende fazer uma reflexão sobre o aumento da pena máxima e que ainda não ocorreram as repercussões práticas desse aumento, esse método se configura como o único que faculta, em abstrato, a análise do que pode acontecer.

Para esse fim, a abordagem desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, explicativa e parcialmente exploratória, uma vez que a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco e há uma prospecção no campo das ideias.

1. FUNDAMENTOS DO ESTADO PARA ESTABELEECER O TEMPO DE CUMPRIMENTO DA PENA

O propósito do direito penal é a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade, de modo que essa proteção se dá por meio da cominação, aplicação e execução de sanções penais. Ressalta-se que o direito penal é a *ultima ratio*, pois ele só se manifesta quando as outras ramificações do direito se mostram insuficientes. Ademais, possui um caráter fragmentário, o que justifica a aplicação do direito penal apenas para a proteção dos bens jurídicos mais valiosos para a pessoa ou para a sociedade.



É cediço que quando um fato típico, ilícito e culpável é praticado, há a possibilidade de aplicação de uma pena, que é uma espécie de sanção penal. Nesse viés, a pena é a consequência jurídica de uma infração penal, ou seja, é a resposta que o Estado dá ao autor de um delito com o intuito de proteger determinados bens jurídicos.

Pode-se dizer, assim, que existe uma relação causal entre delito e pena, de forma que o delito é um *prius* e a pena um *posterius*¹, isto é, o delito precede a pena. A réplica do delito se traduz no ato de retribuição. Por conseguinte, a pena é um apetrecho de coerção do direito penal que o Estado se vale para a proteção de bens jurídicos valiosos, do ponto de vista político, para a sociedade.

Nessa conjuntura, Beccaria² traz os seguintes questionamentos:

[...]mas, qual é a origem das penas, e qual o fundamento do direito de punir? Quais serão as punições aplicáveis aos diferentes crimes? Será a pena de morte verdadeiramente útil, necessária, indispensável para a segurança e a boa ordem da sociedade? Serão justos os tormentos e as torturas? Conduzirão ao fim que as leis se propõem? Quais os melhores meios de prevenir os delitos? Serão as mesmas penas igualmente úteis em todos os tempos? Que influência exercem sobre os costumes?[...]

Observando a história da humanidade, é possível afirmar que a medida da pena é definida pelo momento histórico e pela sociedade que a aplica. Desde a antiguidade até o período atual, a pena passou por momentos de vingança divina, vingança pública, vingança privada e período humanitário³. Por isso, se sustenta que é do ponto de vista político que são definidos quais bens são valiosos o suficiente para serem protegidos pelo direito penal.

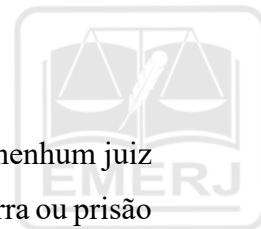
Tem-se como primeiro exemplo a história de Adão e Eva. O pecado inicial cometido por eles, qual seja, desobedecer o mandamento de Deus de não comer o fruto da árvore do bem e do mal, ocasionou a sua expulsão do Jardim do Éden, o que simboliza uma das primeiras formas de pena. No Egito antigo, os mortos eram julgados mumificados e se condenados, seus nomes eram apagados das inscrições públicas e privadas e eram-lhe negadas a sepultura. Na Idade Média, os crimes eram considerados atentados contra Deus; houve os chamados juízos de Deus e a criação do Tribunal da Inquisição, em que predominaram as penas de sangue e a tortura.

No Brasil, após a volta de Dom João VI para Portugal, no contexto da independência, Dom Pedro de Alcântara, que foi deixado como regente, expediu um decreto que determinava que

¹CARNELUTTI, Francesco. *O problema da pena*. São Paulo: Pilares, 2015, [e-book].

²BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas* (1764). [s.l.]. Ridendo Castigat Mores, [e-book].

³DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira Rosa. *O princípio da proporcionalidade como critério de aplicação da pena*. 2009. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.



ninguém deveria ser preso sem ordem por escrito do juiz, exceto em flagrante delito; nenhum juiz poderia expedir ordem de prisão sem haver comprovação de culpa; não haveria masmorra ou prisão secreta; entre outras coisas⁴. Como último exemplo, na época da 2ª Revolução Industrial, quando havia falta de mão de obra, era interessante que ao cumprir a pena, o preso trabalhasse dentro da cadeia, de modo a ser treinado para exercer mão de obra.

Conclui-se, assim, que o direito penal está sempre buscando se adaptar às novas realidades sociais que vão sendo apresentadas com o passar dos anos. Conhecer um pouco da história permite uma maior sensibilidade na interpretação do instituto da pena. A delinquência pode ser entendida como um fato da natureza do homem.

Por esse motivo, é possível enxergar o direito penal, em um aspecto formal, como um conjunto de normas que qualificam comportamentos humanos como infrações penais e determinam sanções aos que nela recaem. Em um aspecto social, se configura como um instrumento de controle social, de modo que o Estado é quem detém esse controle.

Diante desse contexto e da relação causal entre infração penal e pena, entende-se que uma causa e um efeito não podem se dar sem uma lei. Nesse sentido, quando a infração penal é cometida, a lei atua e a ordem da pena é aplicada, funcionando esta como uma restauração da ordem diante do caos social promovido pelos infratores da lei.

Sendo assim, depreende-se que o Estado, como expressão de sua soberania, é detentor do direito de punir e o fundamento desse direito é a garantia do equilíbrio social e manutenção da ordem. Nesse panorama, há a política criminal, que traça estratégias e mecanismos de controle social da criminalidade, de maneira que orienta o legislador a atuar e positivar determinadas matérias.

Partindo disso, a política criminal é um mecanismo discursivo, social e político para identificar quais condutas merecem ser criminalizadas, bem como para determinar as estratégias de aplicação do poder punitivo⁵, em outras palavras, é aquilo que se busca na pena. Nessa ideia, pergunta-se: a que fins pode a pena visar? O que significa estabelecer um tempo de pena?

Com essas perguntas penetramos no campo da teoria retributiva e da teoria preventiva da pena. Para a teoria retributiva a pena tem a finalidade de castigo, ou seja, a pena é a retribuição

⁴NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2020, [pdf].

⁵FERREIRA, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal*. 2016. f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.



justa ao delito praticado. Não se busca para essa teoria qualquer outro fim que não seja castigar o criminoso pela prática do crime.

Para a teoria preventiva, a pena, além do castigo, deve ter a finalidade de prevenir crimes. Esta divide-se em prevenção geral e especial. A finalidade da pena na prevenção geral consiste em intimidar a sociedade visando evitar crimes. Há a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva.

Na prevenção geral negativa, o direito penal pode dar uma solução à criminalidade, sendo a pena uma ameaça legal que possui um caráter intimidatório. Nesse sentido, a sociedade acredita que quanto mais a pena é aumentada, maior a intimidação. Contudo, esse é o campo fértil para o direito penal simbólico, em que o Estado se vale do direito penal como um meio para trazer uma segurança ilusória para a sociedade.

Na prevenção geral positiva, a pena busca, além da intimidação da sociedade, a afirmação do direito penal. Desse modo, a ameaça da pena ao infundir na consciência geral da sociedade a necessidade de respeito a determinados valores, promoverá a fidelidade ao direito, e, em última análise, a integração social.

Por outro lado, a prevenção especial é dirigida ao criminoso, ou seja, aquele que já praticou o crime, aquele que a prevenção geral não intimidou. Tem como finalidade impedir que o infrator volte a cometer crimes. Subdivide-se em prevenção especial negativa e prevenção especial positiva. Na prevenção especial negativa a pena tem o intuito de neutralizar o autor da infração penal por meio do cárcere, quando outros meios menos lesivos não se mostrarem eficazes. Na prevenção especial positiva a pena visa encarcerar o infrator, educá-lo e reintegrá-lo à sociedade.

Com base nessas teorias, o Estado Brasileiro, por meio de seus legisladores, deve transitar no ambiente da CRFB/88 e seus princípios e garantias fundamentais, para definir os delitos e suas respectivas penas. Para tanto, devem ser seguidos parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade para que se fixe, em teoria, a quantidade de pena, de modo que é o grau de importância dos valores e bens jurídicos a serem protegidos que constitui, em verdade, tais parâmetros.

Nessa toada, o Código Penal Brasileiro, em seu art. 59⁶, adota a teoria mista, que defende a prevenção e a repreensão do crime. Na etapa de cominação legal abstrata, a prevenção geral

⁶BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2020.



prevalece; na etapa da aplicação da pena, a justa retribuição impera, e na etapa da execução da pena, sobressai a prevenção especial em seu aspecto ressocializador.

O grande desafio, portanto, é saber se o legislador, ao estabelecer a pena ao delito, contribuirá para alcançar a finalidade da pena e a do próprio direito penal e se esta pena suportará à evolução da sociedade. Nesse viés, Beccaria⁷ sustenta “que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei[...]”.

2. MOTIVAÇÕES DA LEI Nº 13.964/2019 PARA O AUMENTO DA PENA MÁXIMA DE 30 PARA 40 ANOS

O art. 5º, XLVII, “b” da CRFB/88⁸, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da humanidade, proíbe qualquer pena de caráter perpétuo, qual seja, o cumprimento de uma pena privativa de liberdade, em regime fechado, até o fim da vida do condenado. Desse modo, em respeito à supremacia da Carta Magna de 1988 no ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma outra norma pode contrariá-la.

Assim, não seria plausível a Constituição Brasileira de 1988 proibir a prisão perpétua, se porventura uma lei infraconstitucional autorizasse que alguém fosse condenado ao cumprimento efetivo de uma pena privativa de liberdade por mais de 60 anos. Por essa razão, o art. 75 do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 7.209/1984⁹, determinou que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não poderia ser superior a 30 anos.

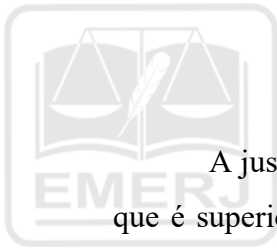
Nesse cenário, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, em 2018, apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 10.372¹⁰ com propostas para conferir maior efetividade ao sistema penal brasileiro. Entre tais propostas, havia a que sugeria a alteração do art. 75 do Código Penal para ampliar o limite do tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade para 40 anos.

⁷BECCARIA, op. cit., nota 2.

⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

⁹BRASIL. *Lei nº 7.209*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

¹⁰BRASIL. *Projeto de Lei nº 10.372*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018>. Acesso em: 31 ago. 2020.



A justificativa para o aumento tomou como base a atual expectativa de vida do brasileiro, que é superior à expectativa de vida existente à época que se estabeleceu o limite de 30 anos. Assim, se o indivíduo vive mais, logo, ele poderia passar mais tempo na prisão. Diante dessa análise, para a proposta, seria justo aumentar o tempo máximo do cumprimento da pena privativa de liberdade em 10 anos.

A expectativa de vida, em síntese, é a média do número de anos que a população de um Estado soberano pode alcançar, se mantidas as condições de vida presentes no nascimento. Também chamada de esperança de vida, está relacionada às condições de saneamento básico, segurança, saúde, alimentação, educação, assistência social, trabalho, entre outras que exercem influência diretamente sobre a vida do ser humano.

Em que pese verdadeira a notícia que a expectativa de vida dos brasileiros aumentou, fato é que é raso o embasamento apenas nessa premissa para submeter o condenado a um maior cumprimento de pena. Isso porque, ao ser realizada a análise da expectativa de vida, esta foi feita com base no país inteiro e não foram consideradas as peculiaridades das condições de vida nas cadeias brasileiras.

No ano seguinte, em 2019, o Governo Federal, por meio do Ministro da Justiça Sérgio Moro, criou o “Pacote Anticrime”, constituído por dois projetos de leis ordinárias e um projeto de lei complementar, que visava alterar o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei de Crimes Hediondos, dentre outras normas, com o objetivo de combater o crime organizado e à corrupção. O projeto de lei anticrime se tornou prioridade do governo em razão do grave sistema de corrupção e do crescimento vultoso do número de crimes violentos no Brasil.

Contudo, a proposta do Ministro Sérgio Moro não tratava do aumento do limite de tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade. À vista disso, durante a tramitação do “Pacote Anticrime” na Câmara dos Deputados, foi mantido o texto da proposta do Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes no que tange ao art. 75 do Código Penal. Dessa forma, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019¹¹, alterou a redação do referido artigo para dispor que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 anos.

¹¹BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.964%2C%20DE%2024%20DE%20D%C3%A9ZEMBRO%20DE%202019&text=Aperfei%C3%A7oa%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal.>. Acesso em: 31 ago. 2020.



Por se tratar de uma *novatio legis in pejus*, ou seja, norma penal mais gravosa, o novo limite apenas pode ser aplicado aos fatos delituosos cometidos após a entrada em vigor da modificação realizada pela Lei nº 13.964/2019, qual seja, após 23 de janeiro de 2020. Isso porque o Código Penal, em seu art. 4º¹², adota a teoria da atividade em relação a lei penal no tempo, de forma que o crime é considerado praticado no momento da conduta de ação ou omissão, ainda que o resultado ocorra em outro momento.

Importa salientar que o limite de cumprimento de pena privativa de liberdade não deve ser confundido com o tempo de condenação. Este, de acordo com o caso concreto, pode ser maior do que 40 anos em razão da soma das condenações. A soma é a reunião de várias condenações de um apenado para servir de base para os cálculos da execução penal. Ela é automática, não é um ato jurisdicional e, em regra, o próprio sistema da Vara de Execução Penal realiza os cálculos.

Desse modo, compete ao juiz da execução penal, na forma do art. 66, III, “a” da Lei nº 7.210/1984¹³, a chamada Lei de Execução Penal, operar a unificação das penas, que é um ato jurisdicional e deve ser fundamentado, seguindo a instrução do §1º do art. 75 do Código Penal¹⁴. A unificação das penas é a reunião de várias condenações de um apenado para atender as regras do art. 75 do Código Penal¹⁵ e se refere exclusivamente ao tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade, ou seja, o limite de 40 anos é um limite de cárcere.

Para fins de benefícios da execução penal, como, por exemplo, o livramento condicional e a progressão de regime, trabalha-se com a pena somada, não unificada. Caso contrário, haveria a promoção de uma isonomia entre criminosos desiguais, pois, não haveria diferença entre um indivíduo que matou duas pessoas e foi condenado a 50 anos e outro indivíduo que matou dez pessoas e foi condenado a 100 anos, se no final todos fossem tratados da mesma forma. Por essa razão, o limite de 40 anos é apenas para fins de cárcere. É nesse sentido a jurisprudência majoritária e a orientação do Supremo Tribunal Federal na Súmula 715¹⁶, que deve ser lida à luz do novo limite de 40 anos.

¹²BRASIL, op. cit., nota 6.

¹³BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 12.

¹⁵Ibid.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 715 Disponível em: <[Revista de Artigos Científicos - V. 12, n. 2, Tomo I \(A/J\), Jul./Dez. 2021](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2548#:~:text=A%20pena%20unificada%20para%20atender,regime%20mais%20favor%C3%A1vel%20de%20execu%C3%A7%C3%A3o.>”. Acesso em: 31 ago. 2020.</p></div><div data-bbox=)



Portanto, diante desse quadro, é válido refletir se o aumento da pena máxima para 40 anos será efetivo no que tange a dupla finalidade da pena, qual seja, a prevenção e a retribuição do crime. Ademais, torna-se necessário analisar a novidade legislativa e suas possíveis repercussões práticas.

3. A EFETIVIDADE DO AUMENTO DA PENA MÁXIMA DE 30 PARA 40 ANOS

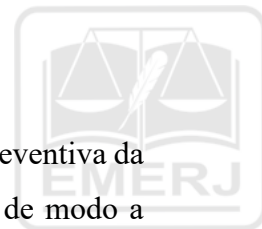
O direito penal é o ramo do direito que se ocupa dos conflitos mais gravosos que envolvem os bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade. No tempo presente, a ciência jurídico-penal enfrenta um grande desafio na atuação repressiva e preventiva de crimes, em decorrência de um sistema educacional em colapso, da morosidade da justiça na punição de criminosos e de um sistema carcerário falido. Por essa razão, permeia na sociedade brasileira a sensação de impunidade devido à ausência ou demora na punição de delitos.

No ordenamento jurídico pátrio, atualmente, somente é possível executar uma pena quando não houver mais recursos contra a decisão que condenou o acusado. Nesse cenário, por conta da grande quantidade de recursos que estão à disposição da defesa, a execução definitiva da pena pode demorar muitos anos. A consequência disso é o sentimento de frustração da expectativa de justiça e a sensação de falta de punição para os crimes que são cometidos diariamente.

Além disso, muitos crimes bárbaros, que chocam a população geral, são rapidamente divulgados pela imprensa e, em virtude da arritmia entre o tempo da divulgação da notícia e o tempo da retribuição do crime, há a contribuição da mídia para a criação ou manutenção do sentimento de frustração e impunidade na sociedade. Dessa forma, o grande infortúnio é a falta de certeza da sociedade, e até mesmo dos próprios criminosos, quanto à aplicação da lei e a decorrente punição.

Nesse contexto, é necessário refletir sobre as repercussões práticas do aumento do tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade para 40 anos, promovido pela Lei nº 13.964/2019¹⁷, para a sociedade. Será o aumento do tempo de encarceramento efetivo para o alcance da finalidade política, social e ético-pessoal da pena e para a redução da criminalidade que paira sobre o Brasil ou será uma ferramenta para o direito penal simbólico?

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 11.



O direito penal simbólico está inserido na prevenção geral negativa da teoria preventiva da pena, que busca o fim da criminalidade ao utilizar a pena como uma ameaça legal, de modo a intimidar a sociedade. Por essa razão, muitas vezes esse direito traz meros símbolos de rigor desmoderado, sem qualquer efetividade¹⁸. Dessa forma, o direito penal simbólico se traduz na atuação do legislador que, com uma grande carga moral e emocional, vai ao encontro da opinião pública para dar à sociedade a sensação ilusória de segurança.

Para o senso comum da sociedade, o aumento do tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade, ou seja, o aumento do tempo em que o criminoso fica encarcerado como forma de retribuição pelos seus crimes, é um meio eficaz para reduzir a vontade de delinquir e, conseqüentemente, reduzir a criminalidade. Contudo, o aumento da pena legal não quer dizer certeza da punição, tendo em vista que a lei não é aplicada automaticamente contra os criminosos¹⁹.

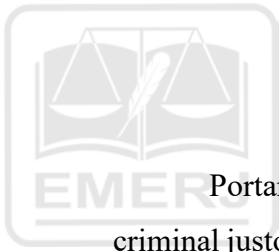
O aparato penal do Estado é complexo e envolve uma série de direitos e garantias que obrigatoriamente devem ser respeitadas para que a punição do criminoso seja justa. É um grande desafio tornar o processo mais célere, sem pôr fim à previsibilidade e à segurança que ele precisa ter. Nessa perspectiva, fato é que o que desencoraja o cometimento de crimes não é a pena ou a quantidade de tempo no cárcere, mas a certeza da punição pelo Estado. Ao examinar se vale ou não a pena delinquir, o criminoso não se baseia no volume do castigo previsto em lei, porque muitas vezes ele sequer possui essa informação, mas examina se a punição será aplicada.

Por essa razão, a certeza da aplicação da pena deve ser o alvo almejado para que haja chance de reduzir a criminalidade no Brasil. Paralelamente a isso, é indispensável promover o acesso à educação básica de qualidade, à condições sociais de dignidade e oportunidade, para que exista uma prevenção primária. O padrão de Beccaria²⁰ de que a pena deve ser pública, pronta, necessária, a menor dentro das aplicáveis, proporcional ao delito e prevista em lei, em conjunto com a convicção do castigo e um sistema forte de educação básica se revela como a grande esperança para redução da criminalidade.

¹⁸NETO, Júlio Gomes Duarte. *O Direito Penal Simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-simbolico-o-direito-penal-minimo-e-a-concretizacao-do-garantismo-penal/>>. Acesso em: 12 set. 2020.

¹⁹GOMES, Luiz Flávio. *O castigo penal severo diminui a criminalidade?*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/207036404/o-castigo-penal-severo-diminui-a-criminalidade>>. Acesso em 12 set. 2020.

²⁰BECCARIA, op. cit., nota 2.



Portanto, o aumento da quantidade de pena legal, por si só, não reflete um aparato estatal criminal justo, bem como não reduz a violência nem o grande número de crimes praticados no país a um grau socialmente aceitável. Em verdade, o que se tem são normas penais que não cumprem o seu objetivo de prevenção e retribuição e, assim, o aumento do tempo de cumprimento de uma pena se torna apenas um símbolo sem qualquer eficácia social.

Ademais, a Lei nº 13.964/2019, ao aumentar o tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade em 10 anos, não mencionou em suas motivações qualquer análise sobre o custo econômico para o Estado manter um preso por mais 10 anos no sistema carcerário. É cediço que o sistema prisional é uma estrutura cara em todo mundo e que os custos refletem os gastos com, por exemplo, sistema de segurança, contratação de agentes, alimentação, entre outros, bem como variam de acordo com a estrutura da unidade, sua finalidade e conforme a região. Os recursos estatais destinados ao sustento do sistema prisional, em sua maioria, vem do Fundo Penitenciário Nacional.

Nesse sentido, o art. 38 da Lei nº 7.210/1984²¹, a chamada Lei de Execução Penal, prevê que um dos deveres do condenado é indenizar o Estado pelas despesas realizadas com a sua manutenção, quando possível, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho. Logo, é entendido que o preso condenado, com a remuneração de seu trabalho no cárcere, ressarcirá o Estado pelos gastos realizados com sua manutenção no sistema carcerário. Todavia, isso somente pode ser aplicado aos presos definitivos e grande parte da população carcerária é composta por presos provisórios²², impedindo a realização do ressarcimento.

Além disso, há outro obstáculo: para os presos definitivos nas penitenciárias brasileiras, não há oferta de emprego remunerado suficiente para todos. Essa impossibilidade de obter remuneração é mais um impedimento à obtenção da indenização ao Estado pelo condenado. À vista disso, interessante seria para o Estado e para a sociedade que houvesse oportunidade para todos os presos definitivos trabalharem e serem remunerados e, assim, a Lei de Execução Penal pudesse ser cumprida.

Por conseguinte, os custos de aprisionamento, em regra, são suportados pelo Estado e pela sociedade. O colapso do sistema carcerário demanda soluções que permeiem a redução dos altos

²¹BRASIL, op. cit., nota 13.

²²GANEM, Pedro Magalhães. *O preso condenado deve ressarcir o Estado pelas despesas com sua manutenção*. Disponível em: <<https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/artigos/519947562/o-preso-condenado-deve-ressarcir-o-estado-pelas-despesas-com-a-sua-manutencao>>. Acesso em: 12 set. 2020.



custos para os cofres públicos, bem como a redução dos custos que resultam da falência da ressocialização dos presos ao saírem da cadeia. Isso porque a falta de ressocialização insere o sujeito em um ciclo de exclusão, em que grande parte opta por retornar à criminalidade, fazendo o Estado direcionar mais uma vez seus recursos para conter a gradação da violência.

Sendo assim, ao aumentar o tempo de cumprimento máximo da pena privativa de liberdade em 10 anos, os custos da manutenção de um criminoso preso aumentam em 10 anos para o Estado. Conseqüentemente, tais gastos vão dificultar ainda mais o enfoque da receita pública no que de fato poderia reduzir a criminalidade: o acesso à educação básica de qualidade, às condições sociais de dignidade e oportunidade e um sistema penal forte para que haja a certeza de punição e diminuição da sensação de impunidade que está presente na sociedade.

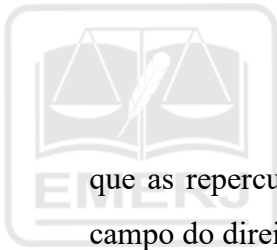
Dessa maneira, a legislação penal brasileira deve vislumbrar um equilíbrio para que os crimes sejam punidos em um tempo razoável, que permita a observação de garantias fundamentais do indivíduo que delinquir, e para que haja a certeza da punição dos crimes. Assim, de fato a legislação penal estará em conformidade com a teoria mista, que defende a prevenção e repressão dos delitos, adotada pelo art. 59 do Código Penal Brasileiro²³.

CONCLUSÃO

Para o senso comum da população brasileira, o aumento do tempo máximo de cárcere para 40 anos, obtido por meio da alteração legal promovida pela Lei nº 13.964/2019, serviria como uma forma de intimidação e ameaça para os indivíduos que cogitam delinquir. Porém, o cotidiano mostra que, em regra, o criminoso, ao praticar o delito, não examina o volume da pena prevista em lei, tendo em vista que muitas vezes ele sequer tem esse conhecimento, mas examina se haverá a retribuição de seu delito, ou seja, examina se será punido.

A eficácia em matéria penal é difícil de ser aferida, diferentemente de outros ramos do direito. Porém, diante das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer desta pesquisa científica, foi possível chegar à conclusão que, no cenário brasileiro atual, o aumento do tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade de 30 para 40 anos não será efetivo para a redução da criminalidade. Em que pese o anseio popular por sanções penais mais gravosas, fato é

²³BRASIL, op. cit., nota 6.



que as repercussões práticas da alteração legal realizada pelo Pacote Anticrime se inserem no campo do direito penal simbólico.

Nessa perspectiva, o aumento da quantidade da pena legal máxima, por si só, não traduz um aparato estatal criminal forte e justo, apenas se torna mais um símbolo sem qualquer eficácia social, na medida em que não evita o cometimento de novos delitos e, conseqüentemente, não reduz a criminalidade. Não importa para o legislador que a lei seja de fato efetiva, importa que ela pareça ser efetiva. Assim, a dupla finalidade da pena, qual seja, a prevenção e retribuição do crime, com uma política criminal baseada na prevenção geral negativa da teoria da pena, dificilmente será alcançada.

Desse modo, se faz necessário entender e resolver a raiz do problema criminal pátrio perante a atual complexidade social. A falta de certeza da aplicação das normas e sanções penais, que está inerente à sociedade e aos próprios indivíduos que insistem em delinquir, é um dos grandes suportes para o crescimento da criminalidade no Brasil.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que o grande desafio do Estado Brasileiro é promover a diminuição da percepção da impunidade dos agentes criminosos. Os altos índices criminais não serão resolvidos tão somente por meio do aumento do tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade para 40 anos, bem como com o aumento do rigor exacerbado da pena, mas podem ser reduzidos com a diminuição da impunidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabio Saraiva Alves; LIMA, Adriano Gouveia. *A proibição da prisão perpétua como direito e garantia fundamental e a sua análise como cláusula pétrea*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-proibicao-da-prisao-perpetua-como-direito-e-garantia-fundamental-e-a-sua-analise-como-clausula-petrea/>>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas (1764)*. [s.l.]. Ridendo Castigat Mores, [e-book].

CAPPELARI, Mariana. *O que a política criminal tem a ver com o processo legislativo?*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/520806394/o-que-a-politica-criminal-tem-a-ver-com-o-processo-legislativo>>. Acesso em: 23 set. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. *O problema da pena*. [s.l.]. São Paulo: Pilares, 2015, [e-book].

COUTO, Ana Paula. COUTO, Marco. *O Pacote Anticrime: O aumento do tempo de cumprimento de pena de 30 para 40 anos*. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-pacote-anticrime-o-aumento-do-tempo-de-cumprimento-de-pena-de-30-para-40-anos>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira Rosa. *O princípio da proporcionalidade como critério de aplicação da pena*. 2009. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

FERREIRA, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal*. 2016. f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GANEM, Pedro Magalhães. *O preso condenado deve ressarcir o Estado pelas despesas com sua manutenção*. Disponível em: <<https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/artigos/519947562/o-preso-condenado-deve-ressarcir-o-estado-pelas-despesas-com-a-sua-manutencao>>. Acesso em: 12 set. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. *O castigo penal severo diminui a criminalidade?*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/207036404/o-castigo-penal-severo-diminui-a-criminalidade>>. Acesso em: 12 set. 2020.

HORTA, Ana Clélia Couto. *Evolução histórica do direito penal e escolas penais*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal-e-escolas-penais/>>. Acesso em: 12 set. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

LUFKIN, Bryan. *O mito por trás das longas penas de prisão*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-44285495>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

DUARTE NETO, Júlio Gomes. *O Direito Penal Simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-simbolico-o-direito-penal-minimo-e-a-concretizacao-do-garantismo-penal/>>. Acesso em: 12 set. 2020.



NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *A prisão de caráter perpétuo ante a proporcionalidade da pena*. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/a-prisao-de-carater-perpetuo-ante-a-proporcionalidade-da-pena>>. Acesso em: 16 mai. 2020.



JUIZ DAS GARANTIAS: NECESSIDADE, PAPEL, CONTROVÉRSIAS, IMPACTO PRÁTICO E PARCIAL INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI Nº 13.964/2019

Jacqueline de Brito

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Residente Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a Lei nº 13.964/2019, também conhecida como “Pacote Anticrime”, afetou e modificou diversos diplomas legais, dentre eles, o Código de Processo Penal, no qual instituiu a figura do juiz das garantias no processo penal brasileiro. O juiz das garantias atuará na fase pré-processual e será responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela proteção e tutela dos direitos e garantias fundamentais individuais. A instituição do juiz das garantias modifica a atual dinâmica do processo penal brasileiro e afeta diretamente o Poder Judiciário em seu orçamento e estrutura, fato que gerou controvérsias no que tange a sua própria criação e também em relação a suas competências e forma de implementação pelo Poder Judiciário. O escopo deste artigo é, portanto, analisar a figura do juiz das garantias e sua necessidade e o seu papel para a consolidação do sistema acusatório no processo penal. Além disso, busca analisar as controvérsias e inconstitucionalidades referentes à sua instituição e competência. Por fim, o presente trabalho visa a abordar os impactos práticos dessa figura no Poder Judiciário.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Lei nº 13.964/2019. Juiz das Garantias.

Sumário – Introdução. 1. Necessidade e papel do juiz das garantias na consolidação do sistema acusatório no processo penal brasileiro. 2. Controvérsias e a parcial inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.964/2019 no que tange à instituição e competências do juiz das garantias. 3. O impacto prático do juiz das garantias no Poder Judiciário brasileiro e seu inviável prazo para implementação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda sobre o juiz das garantias, figura que visa a imparcialidade do magistrado, fazendo com que haja dois juízes com atuação em momentos distintos: um na fase pré-processual, sendo responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela proteção e tutela dos direitos e garantias fundamentais individuais; e outro na fase processual.

O juiz das garantias foi instituído no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, e, apesar desta figura ser necessária e estar em consonância com a normativa constitucional, o diploma legal que a introduziu possui inconstitucionalidades e incoerências



que vão de encontro à Carta Magna e com a própria proposta do legislador ao editar a Lei nº 13.964/2019.

O tema possui relevância, pois, além de ser uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, a instituição do juiz das garantias no processo penal iniciou grandes debates, favoráveis e desfavoráveis a esta figura, o que resultou, inclusive, em ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Além disso, caso as Ações Diretas de Inconstitucionalidade sejam julgadas pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade do juiz das garantias, tal decisão irá impactar tanto o ordenamento jurídico brasileiro, pois modifica a atual sistemática do processo penal, quanto o Poder Judiciário, ante ao aumento orçamentário para efetivar a implementação do juiz das garantias.

Ademais, esse aumento no orçamento afeta também a sociedade, pois é o erário quem custeia o Poder Judiciário, mesmo que indiretamente, tendo em vista que o duodécimo repassado pelo Chefe do Poder Executivo é advindo de tributos pagos que são englobados no valor da receita corrente líquida anual do Estado.

Nessa linha, o primeiro capítulo busca analisar a necessidade do juiz das garantias e verificar se o papel desta figura é fundamental para a efetiva consolidação do sistema acusatório no processo penal brasileiro.

Como proposta do segundo capítulo busca-se analisar as controvérsias e inconstitucionalidades formal e material da Lei nº 13.964/2019 no que tange a instituição e principais competências do juiz das garantias no Código de Processo Penal.

O terceiro capítulo se propõe a estudar os impactos práticos do juiz das garantias no Poder Judiciário e analisar se o prazo para sua implementação prevista na Lei nº 13.964/2019 é suficiente.

O presente trabalho adota o método dedutivo, tendo em vista que a investigação partirá da ideia geral do juiz das garantias e será feito contraste com a Lei nº 13.964/2019 que o instituiu no ordenamento jurídico. Além disso, a abordagem do objeto da pesquisa jurídica será de forma qualitativa, explicativa e bibliográfica, pois o pesquisador pretende se valer da legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes para analisar a temática objeto desta pesquisa e sustentar a sua tese.



1. NECESSIDADE E PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS NA CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 adota o sistema acusatório no processo penal, que se conclui não por uma previsão expressa, mas por intermédio da interpretação sistemática do texto da Carta Magna, principalmente a partir da análise dos seus artigos 5º, LIV, LV, LVII, art. 93, IX e art. 129, I¹.

No sistema acusatório, como bem lembra Rogério Sanches Cunha², os sujeitos processuais possuem funções definidas, cabendo a um acusar, a outro defender e a um terceiro, julgar.

O sistema acusatório, nos dizeres de Renato Brasileiro de Lima³, se contrapõe ao sistema inquisitivo e:

[...] caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se a acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo caracteriza-se, assim, como legítimo *actum trium personarum* [...].

Nesse sentido, segue o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁴, que no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.104 do Distrito Federal, assentou que:

[...] a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes [...].

O Código de Processo Penal brasileiro, publicado em 1941, sofreu diversas alterações que o caracterizavam não como um sistema acusatório puro, mas sim um sistema misto, ou seja, um sistema que tem tanto resquícios de um sistema inquisitorial quanto de um sistema acusatório.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2020.

²CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime – Lei 13.964/2019*: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 69.

³LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 39.

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MC na ADI nº 5.104*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552009>>. Acesso em: 18 fev. 2020.



Porém, com a edição da Lei nº 13.964/2019, o sistema acusatório passa a estar previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 3º-A do Código de Processo Penal⁵, que dispõe que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

A Lei nº 13.964/2019, que surgiu do “Pacote Anticrime” e visa aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, acrescentou ao Código de Processo Penal, dentre outros dispositivos, os artigos 3º-A a 3º-F, que instituem a figura do juiz das garantias no direito processual penal brasileiro.

O juiz das garantias, agora previsto expressamente no Código de Processo Penal brasileiro, surge como figura que consagra e firma no ordenamento jurídico o sistema acusatório, resultando na presença de maior imparcialidade no processo penal, e tal imparcialidade do magistrado é um dos pilares do sistema acusatório. Assim, o juiz das garantias chega ao ordenamento jurídico brasileiro para superar o processo penal inquisitivo.

A atuação do juiz das garantias se dará na fase pré-processual, ou seja, na fase de investigação criminal, e este será responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela proteção e tutela dos direitos e garantias fundamentais individuais, previstos na Constituição Federal, que pressupõem autorização prévia do Poder Judiciário, conforme dispõe o art. 3º-B do Código de Processo Penal⁶.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima⁷, o juiz das garantias é “espécie de competência funcional por fase do processo”, pois, “a depender da fase da persecução penal em que estivermos, a competência será de um ou de outro juiz”.

O fortalecimento da imparcialidade do magistrado pode ser observado a partir da leitura do art. 3º-D, *caput*, do Código de Processo Penal⁸, acrescentado pela Lei nº 13.964/2019, no qual dispõe que “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos artigos 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo”. Assim, a imparcialidade em seu maior grau de observância resulta na separação da atuação dos magistrados na fase de investigação da fase processual.

⁵BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del13689Compilado.htm>. Acesso em: 18 fev. 2020.

⁶Ibid.

⁷LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime: comentários à Lei nº 13.964/19 – artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 103-104.

⁸BRASIL, op. cit., nota 5.

De acordo com Marcello Miller⁹:

[...] o modelo de juiz das garantias agora adotado no Brasil prestigia e adensa o sistema acusatório e se afasta de forma muito clara da figura do juiz de instrução, na medida em que traz a vedação à iniciativa do juiz na fase de investigação e à substituição da atuação probatória do órgão de acusação. O âmbito dessa nova competência funcional será o controle de legalidade da investigação criminal e o juízo de admissibilidade da acusação. No controle de legalidade da investigação criminal, o juiz das garantias funcionará como juiz da liberdade e da custódia pré-processual e como filtro de legalidade das iniciativas probatórias do Ministério Público e da autoridade policial que dependam de intervenção judicial [...].

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima¹⁰ assevera que:

[...] objetiva-se, assim, minimizar ao máximo as chances de contaminação subjetiva do juiz da causa, potencializando, pois, a sua imparcialidade, seguindo na contramão da sistemática até então vigente, quando a prática de qualquer ato decisório pelo juiz na fase investigatório tornava-o preventivo para prosseguir no feito até o julgamento final (CPP, art. 75, parágrafo único, e art. 83) [...].

Dessa forma, para garantir a proteção e tutela dos direitos e garantias fundamentais, o juiz das garantias possui um extenso rol de competências, conforme previsto nos incisos do art. 3º-B do Código de Processo Penal. E, além disso, o juiz das garantias terá função de limitar a atuação do Ministério Público e da autoridade Policial, para que estes observem as garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e na lei.

Portanto, a figura do juiz das garantias tem suma importância no processo penal ao consolidar definitivamente, o sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, em estrita observância da Constituição Federal de 1988.

2. CONTROVÉRSIAS E A PARCIAL INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI Nº 13.964/2019 NO QUE TANGE À INSTITUIÇÃO E COMPETÊNCIAS DO JUIZ DAS GARANTIAS

Inicialmente, cabe ressaltar que, no que concerne a Lei nº 13.964/2019, não há consenso no ambiente jurídico acerca de sua necessidade e constitucionalidade, seja formal, seja material, em relação à instituição do juiz das garantias no processo penal. A ausência de consenso acabou por resultar no ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade

⁹MILLER, Marcello. *Juiz das garantias é avanço e pode fortalecer cultura de imparcialidade*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/marcello-miller-juiz-garantias-fortalece-cultura-imparcialidade>>.

Acesso em: 18 fev. 2020.

¹⁰LIMA, op. cit., 2020, p. 104.



(ADI's) nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, perante o Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 13.964/2019, dentre os quais dispositivos que envolvem o juiz das garantias.

Em 22/01/2020, o Ministro Luiz Fux deferiu parcialmente as medidas cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 e, uma dessas medidas concedidas foi a suspensão da eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal.

Grande parte de seus dispositivos que trata do juiz das garantias são constitucionais, pois estão em consonância com a Constituição Federal, e alguns dispositivos estão em consonância até mesmo com jurisprudência consolidada dos tribunais. Os arts. 3º-A, 3º-B, *caput*, I, II, III, V, VI, VII, VIII, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, 3º-D, *caput* e 3º-F¹¹ estão em consonância com a Constituição Federal e com o sistema do processo penal e orientação trazida pela própria Lei nº 13.964/2019. Porém, há dispositivos que apresentam controvérsias quando tratam do juiz das garantias.

O inciso IV do art. 3º-B do Código de Processo Penal¹² dispõe que compete ao juiz das garantias ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal. O referido dispositivo, além de ser incoerente com a proposta da Lei nº 13.964/2019, viola o sistema acusatório. O juiz não produz provas, não investiga, a figura do juiz no Brasil não se confunde com a figura do juiz de instrução presente em outros países. Sendo assim, se o juiz não investiga, não há qualquer justificativa para que o juiz das garantias seja informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal. Ademais, o destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária é do Ministério Público¹³.

Com isso, o inciso IV do art. 3º-B não pode ser lido apenas na sua literalidade, deve ser feita interpretação conforme a finalidade do juiz das garantias trazida pela Lei nº 13.964/2019. Assim, o referido dispositivo deve ser interpretado no sentido de que compete ao juiz das garantias ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal que dependa de decisão por parte do Poder Judiciário, desde que provocado.

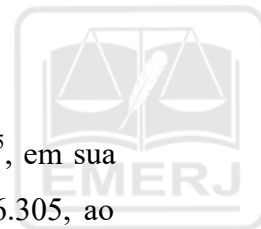
Já o inciso IX do art. 3º-B do Código de Processo Penal¹⁴ dispõe que compete ao juiz das garantias determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável que justifique sua instauração ou prosseguimento.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 5.

¹²Ibid.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 73271*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1627998>>. Acesso em: 30 fev. 2020.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 5.



A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP¹⁵, em sua petição inicial, que deu origem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.305, ao questionar a constitucionalidade do inciso IX do art. 3º-B do Código de Processo Penal, sustentou que há colisão com o regramento previsto no art. 28, também reformulado pela Lei nº 13.964/2019.

Em entendimento contrário, Rogério Sanches Cunha¹⁶ assevera que a medida de trancamento do inquérito é excepcional e “que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da manifesta ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito”.

Dessa forma, o inciso IX do art. 3º-B do Código de Processo Penal é constitucional, porém, deve ser observado e praticado pelo juiz das garantias com muita cautela, pois se trata de uma excepcionalidade, sob pena de violar o disposto no art. 129, I, da Constituição Federal¹⁷, no qual prevê que o Ministério Público é o detentor da *opinio delicti* e tem como uma de suas funções institucionais a de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, também sob pena de violar o sistema acusatório.

O inciso X do art. 3º-B do Código de Processo Penal¹⁸ dispõe que compete ao juiz das garantias requisitar documentos, laudos e informações ao Delegado de Polícia sobre o andamento da investigação. Este dispositivo viola o sistema acusatório. Permitir essa requisição pelo juiz das garantias vai de encontro com a própria essência desta figura e do que prevê a Constituição Federal, pois representa um juiz de instrução.

Há evidente contradição, pois, afinal, o legislador concebeu um juiz imparcial, para que este exerça o controle da legalidade da investigação criminal e zele pela proteção e tutela dos direitos e garantias fundamentais individuais, e não um juiz que busque provas e oriente a investigação. Quem faz o controle da Polícia é o Ministério Público, é este quem deve fazer requisições e que é destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária¹⁹.

O juiz é inerte, deve atuar apenas quando provocado, este é o sistema acusatório que deve ser observado no processo penal. Portanto, deve ser feita interpretação conforme do inciso X do art. 3º-B para considerar que compete ao juiz das garantias requisitar documentos,

¹⁵BRASIL. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. *Petição inicial da ADI nº 6.305*. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

¹⁶CUNHA, op. cit., p. 86-87.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 14.



laudos e informações ao Delegado de Polícia sobre o andamento da investigação, desde que provocado.

Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha²⁰ e Renato Brasileiro de Lima²¹, ao fazerem a leitura sistemática do inciso X do art. 3º-B do Código de Processo Penal com as demais alterações advindas pela Lei nº 13.964/2019, assentam que deve haver requerimento do interessado, não podendo o juiz agir de ofício.

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal²², o inquérito policial é um procedimento pré-processual (ou administrativo) e, por isso, é matéria de competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, na forma do art. 24, XI, da Constituição Federal²³, como também já decidiu a referida Corte²⁴.

Assim, tendo em vista que o inquérito é matéria de competência concorrente, no âmbito da Justiça Estadual caberá ao legislador estadual, por intermédio de lei de iniciativa do Tribunal de Justiça do respectivo Estado, criar a figura do juiz das garantias, e regulamentar a forma que esta figura será implementada, na forma do art. 96, I, “c”, “d”, II, “b” e “d” e art. 125, § 1º, todos da Constituição Federal²⁵. Já no âmbito da Justiça Federal, cabe à União, por intermédio do legislador ordinário, criar o juiz das garantias.

O Supremo Tribunal Federal²⁶ possui entendimento no sentido de que os Tribunais podem alterar a competência dos órgãos judiciários, desde que não haja impacto no orçamento. A criação do juiz das garantias impactará o orçamento dos Tribunais, de forma que não poderá haver mera alteração da competência dos órgãos judiciários por intermédio de ato normativo, pois será necessária lei em sentido estrito.

Outrossim, o parágrafo único do art. 3º-D do Código de Processo Penal²⁷ dispõe que nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, ou seja, nos lugares em que há vara única, os Tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender as disposições que tratam do juiz das garantias.

²⁰CUNHA, op. cit., p. 87.

²¹LIMA, op. cit., 2020, p. 138-139.

²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4618*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4092272>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

²³BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2886*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2123184>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 91024*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2503510>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 5.



O referido dispositivo afronta o art. 96 da Constituição Federal²⁸, que concede aos Tribunais o seu poder de auto-organização. Isso porque, ao prever que os Tribunais criam sistema de rodízio, a lei acaba por retirar do Poder Judiciário o seu poder constitucional de auto-organização.

Nesse sentido, o entendimento de Renato Brasileiro de Lima²⁹ sobre o referido dispositivo é de que há criação de uma obrigação aos tribunais, o que viola o seu poder de auto-organização e usurpa sua iniciativa para dispor sobre organização judiciária.

Dessa forma, depreende-se que a figura do juiz das garantias possui eficácia limitada, tendo em vista que deve haver regulamentação pela União e pelos Estados juntamente com seus respectivos Tribunais. Portanto, o parágrafo único do art. 3º-D do Código de Processo Penal possui inconstitucionalidade formal. E, caso não seja declarada a sua inconstitucionalidade, deverá, ao menos, haver interpretação sistemática no sentido de que o referido dispositivo traz disposição exemplificativa e não uma imposição legal.

3. O IMPACTO PRÁTICO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E SEU INVIÁVEL PRAZO PARA IMPLEMENTAÇÃO

O Poder Judiciário, mesmo possuindo o poder de auto-organização previsto no art. 96 da Constituição Federal³⁰, terá que se moldar aos dispositivos da Lei nº 13.964/2019, caso o Supremo Tribunal Federal julgue pela sua constitucionalidade, ou se houver legislação ordinária dos Estados sobre o tema.

Alguns dispositivos da Lei nº 13.964/2019 evidenciam o relevante impacto que a implementação do juiz das garantias irá causar no Poder Judiciário.

O *caput* do art.3º-D do Código de Processo Penal³¹ dispõe que “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar do processo”.

Já o parágrafo único do art. 3º-D do Código de Processo Penal³² dispõe que “nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições” acerca do juiz das garantias.

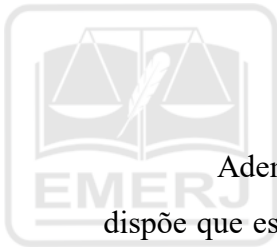
²⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁹LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 172.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹BRASIL, op. cit., nota 5.

³²Ibid.



Ademais, o art. 3º-E do Código de Processo Penal³³, ao tratar do juiz das garantias, dispõe que este “será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando os critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal”.

A implementação do juiz das garantias no Poder Judiciário será considerável e de relevante impacto, pois, além de interferir na organização judiciária dos Tribunais, também afetará o planejamento orçamentário destes. O Poder Judiciário terá que reorganizar sua estrutura física, reorganizar os cargos de seus membros e servidores, e deslocar considerável parte de seu orçamento anual para que possa efetivar a implementação da figura do juiz das garantias e se adequar às competências incumbidas ao juiz das garantias pela Lei nº 13.964/2019.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça³⁴, no ano de 2018, 19% das varas únicas existentes na Justiça Estadual funcionaram com um único juiz, sem substituto, por mais de 60 dias, e 18% na Justiça Federal. É um percentual considerável, mas terá que ser superado pelos Tribunais com a apresentação e implementação de soluções para ter o juiz das garantias nas comarcas de vara única e, também, nas hipóteses em que o juiz das garantias for suspeito ou impedido de atuar. Tal solução impactará diretamente o orçamento anual dos Tribunais.

A criação do juiz das garantias, por impactar o orçamento dos Tribunais, não pode ser por mera alteração da competência dos órgãos judiciários por intermédio de ato normativo, pois é necessária lei em sentido estrito, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal³⁵.

De acordo com Marcus Vinícius Pimenta Lopes³⁶, “um juiz imparcial não tem preço, especialmente na tutela das liberdades, o argumento orçamentário se encontra como insuficiente perante a implementação do Juiz das Garantias”.

Embora Marcus Vinícius Pimenta Lopes³⁷ tenha correto entendimento, deve-se ressaltar que o orçamento do Poder Judiciário deve observar a disposição do *caput* do art. 169

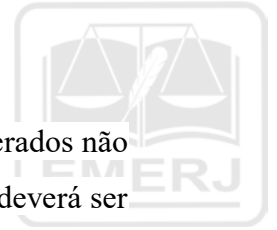
³³Ibid.

³⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Juiz das garantias não é juiz para proteger criminoso, diz Toffoli*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/juiz-das-garantias-nao-e-juiz-para-protoger-criminoso-diz-toffoli/>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 29.

³⁶LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. Estudo e crítica do “juiz das garantias”. In: ESTELLITA, Heloisa (Org.). *Revista Brasileira de Ciências Criminas – RBCCrim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, nº 111, nov./dez. 2014, p. 254.

³⁷Ibid.



da Constituição Federal³⁸, que prevê que a despesa com pessoal ativo dos entes federados não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Além disso, também deverá ser observado o novo regime fiscal estabelecido pela Emenda Constitucional nº 95/2016³⁹ e leis de diretrizes orçamentárias. E, não menos importante, deverão ser observadas as competências estabelecidas no art. 96, I, “c”, “d”, II, “b” e “d” e no art. 125, § 1º, ambos da Constituição Federal⁴⁰.

Além disso, a Resolução nº 184/2013 do Conselho Nacional de Justiça⁴¹ impõe a sua análise de mérito de anteprojetos de lei de iniciativa do Poder Judiciário que impliquem em aumento de gastos com pessoal e encargos sociais. Dessa forma, além das tratativas de planejamento e elaboração de anteprojeto de lei por parte do Poder Judiciário, deverá haver a análise de mérito pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, a Lei nº 13.964/2019, em seu art. 20, dispõe que sua entrada em vigor será após decorridos 30 dias de sua publicação oficial. A publicação da Lei nº 13.964/2019 ocorreu no dia 24/12/2019, assim, sua entrada em vigor seria a partir de 23/1/2020.

O prazo de 30 (trinta) dias fixado pelo legislador para a implementação do juiz das garantias em todo o território nacional é evidentemente inviável. Não é crível que afetará – e muito –, tanto o Poder Judiciário, quanto todo o sistema processual penal tenha inócuo prazo de 30 (trinta) dias para que os Tribunais a planejem, a estruturem e, efetivamente, a implementem.

Além disso, a implementação do juiz das garantias necessita de verbas que, por conseguinte, não foram previstas no orçamento do ano de 2020 dos Tribunais, enviadas ao Poder Legislativo respectivo quando da promulgação da Lei nº 13.964/2019, o que acaba por prejudicar a implementação do juiz das garantias; e não seria em 30 (trinta) dias que todas as questões geradas em torno da figura do juiz das garantias seriam solucionadas.

Nesse sentido, assevera Franklin Roger Alves Silva⁴² que o prazo da *vacatio legis* é “um dos poucos pontos com o qual concordamos com a decisão proferida na ADI nº 6.298, já

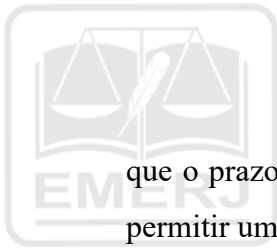
³⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁹Ibid.

⁴⁰Ibid.

⁴¹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 184*, de 06 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1917>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁴²SILVA, Franklin Roger Alves. A nova figura do juiz das garantias no processo penal brasileiro. In: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Coordenação de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Org.). *Primeiras impressões sobre a Lei 13.964/2019 (pacote “anticrime”): a visão da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020, p. 80-81.



que o prazo de 30 (trinta) dias estabelecido pelo art. 20 da Lei nº 13.964/2019 é exíguo para permitir uma implementação adequada do instituto”.

O legislador federal, ao instituir o juiz das garantias no processo penal brasileiro, deveria, por bem, ter previsto prazo razoável para a sua efetiva e completa implementação. A título de exemplo, o legislador federal ao editar a Lei nº 13.015/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, previu, em seu art. 1.045⁴³, que sua entrada em vigor seria após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.

Ademais, outro exemplo de prazo razoável seria o previsto no art. 701 do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 (Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal)⁴⁴, que em uma de suas versões prevê a entrada em vigor das regras de impedimento relativo ao juiz das garantias no prazo de 3 (três) anos, após sua publicação, e em 6 (seis) anos, nos casos em que se tratar de comarca onde houver apenas 1 (um) juiz.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE)⁴⁵, na petição inicial que originou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298, a respeito do prazo fixado no art. 20 da Lei nº 13.964/2019, asseverou que o legislador federal não previu regras de transição, o que torna a lei eficaz após o transcurso da *vacatio legis*, o que leva a concluir pela nulidade do prazo de 30 dias, ante a “ofensa ao princípio da proporcionalidade, surgirá a necessidade de modulação dos efeitos da decisão, já que ao Poder Judiciário não é dado atuar como legislador positivo, mas apenas como legislador negativo”.

Nesse sentido, o Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL)⁴⁶, na petição inicial que originou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.300, sustentou que tendo em vista a necessidade de os Tribunais adequarem as normas de organização judiciária, o prazo de 30 dias de *vacatio legis* não é materialmente possível de ser atendido pelos Tribunais.

Entretanto, com o ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o Ministro Dias Toffoli, Presidente do Supremo Tribunal Federal a época da decisão, no exercício do plantão judicial, concedeu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas, e suspendeu a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, *caput*, 3º-E e 3º-F do

⁴³BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 jul. 2020.

⁴⁴BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 156/2009*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

⁴⁵BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros, Associação dos Juizes Federais do Brasil. *Petição inicial da ADI nº 6.298*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁴⁶BRASIL. Diretório Nacional do Partido Social Liberal. *Petição inicial da ADI nº 6.300*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>>. Acesso em: 02 ago. 2020.



Código de Processo Penal, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação da decisão.

Porém, o Ministro Luiz Fux, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, proferiu decisão em 22/1/2020 que, dentre outras medidas cautelares concedidas, suspendeu, sem fixação de prazo, a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, que entraria em vigor em 23/1/2020.

Portanto, a implementação da figura do juiz das garantias está condicionada ao resultado do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299 e 6.300, ou a uma possível modificação futura na medida cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão do Supremo Tribunal Federal será decisiva para definir o possível impacto prático da implementação do juiz das garantias no Poder Judiciário Brasileiro, caso seja declarada a sua constitucionalidade.

CONCLUSÃO

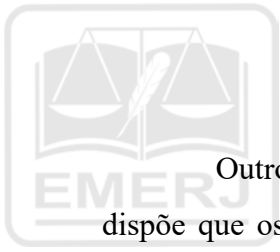
O juiz das garantias, instituído pela Lei nº 13.964/2019, como explicitado ao longo deste artigo, é fundamental para consagrar o sistema acusatório no processo penal brasileiro e para fortalecer a imparcialidade do magistrado.

As competências incumbidas ao juiz das garantias, em sua maioria, estão de acordo com a Constituição Federal e leis infraconstitucionais. Porém, há dispositivos que precisam ser interpretados à luz do sistema processual penal, da Carta Magna e da própria proposta trazida pela figura do juiz das garantias.

Assim, o inciso IV do art. 3º-B do Código de Processo Penal deve ser interpretado no sentido de que compete ao juiz das garantias ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal que dependa de decisão por parte do Poder Judiciário, desde que provocado, sob pena de violar o sistema acusatório.

Já o inciso IX do art. 3º-B do Código de Processo Penal é constitucional, porém, ante o seu caráter excepcional, deve ser observado e praticado pelo juiz das garantias com muita cautela, sob pena de violar a Constituição Federal.

Ademais, o inciso X do art. 3º-B do Código de Processo Penal deve ser interpretado no sentido de que compete ao juiz das garantias requisitar documentos, laudos e informações ao Delegado de Polícia sobre o andamento da investigação, desde que provocado, sob pena de violar o sistema acusatório.



Outrossim, o parágrafo único do art. 3º-D do Código de Processo Penal, quando dispõe que os Tribunais criarão o sistema de rodízio de magistrados nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, fica evidente a sua inconstitucionalidade formal, tendo em vista que compete ao Poder Judiciário, com seu poder de auto-organização e com base nas competências incumbidas pela Constituição Federal, tratar sobre a forma em que se dará a organização judiciária para implementar o juiz das garantias nas comarcas de vara única, por intermédio de projeto de lei de sua iniciativa perante o seu respectivo ente federativo.

A implementação do juiz das garantias no Poder Judiciário será considerável e de relevante impacto, pois irá interferir na organização judiciária dos Tribunais, tendo em vista que deverá haver, além da criação do juiz das garantias, soluções para questões como, por exemplo, forma de designação dos magistrados para atuarem como juízes das garantias, impedimento e suspeição do juiz das garantias. Além disso, o planejamento orçamentário dos Tribunais será afetado, pois deverá haver reserva de seu orçamento destinado a criação, implementação e manutenção do juiz das garantias.

Em relação ao prazo de 30 (trinta) dias fixado pelo legislador para a implementação do juiz das garantias em todo o território nacional, é evidente que é inviável. Os Tribunais não conseguiriam planejar, adaptar, reorganizar sua estrutura judiciária em tempo recorde de 30 (trinta) dias. E, além disso, os Tribunais não previram a criação e implementação do juiz das garantias quando do envio da proposta orçamentária de 2020 ao Poder Legislativo respectivo.

Dessa forma, conclui-se que a figura do juiz das garantias é de suma importância no processo penal brasileiro, apesar de todas as ressalvas pontuadas ao longo deste trabalho. Porém, cabe ressaltar que a efetiva implementação do juiz das garantias está condicionada ao julgamento das ações diretas de constitucionalidade, pois, a depender do que for decidido pelo Supremo Tribunal Federal, pode a figura do juiz das garantias sofrer alterações ou sequer existir na prática processual penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros, Associação dos Juizes Federais do Brasil. *Petição inicial da ADI nº 6.298*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

_____. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. *Petição inicial da ADI nº 6.305*. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 jul. 2020.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 18 fev. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Juiz das garantias não é juiz para proteger criminoso, diz Toffoli*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/juiz-das-garantias-nao-e-juiz-para-proteger-criminoso-diz-toffoli/>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 184*, de 06 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1917>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2020.

_____. Diretório Nacional do Partido Social Liberal. *Petição inicial da ADI nº 6.300*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 156/2009*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2886*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2123184>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4618*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4092272>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 73271*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1627998>>. Acesso em: 30 fev. 2020.

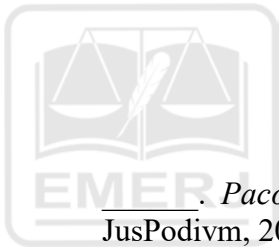
_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 91024*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2503510>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MC na ADI nº 5.104*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552009>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime – Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.



. *Pacote anticrime: comentários à Lei nº 13.964/19 – artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. Estudo e crítica do “juiz das garantias”. In: ESTELLITA, Heloisa (Org.). *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, nº 111, nov./dez. 2014, p. 254.

MILLER, Marcello. *Juiz das garantias é avanço e pode fortalecer cultura de imparcialidade*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/marcello-miller-juiz-garantias-fortalece-cultura-imparcialidade>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

SILVA, Franklin Roger Alves. A nova figura do juiz das garantias no processo penal brasileiro. In: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Coordenação de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Org.). *Primeiras impressões sobre a Lei 13.964/2019 (pacote “anticrime”): a visão da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020, p. 80-81.

A APLICAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) A LÍDERES DE FACÇÃO SOB A ÓTICA DA LEI Nº 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME)

Jade Ferronato Giron

Graduada pela Faculdade de Direito
da Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo – O Regime Disciplinar Diferenciado surgiu como uma resposta às grandes rebeliões carcerárias. Com o passar do tempo, tornou-se a principal arma para o desmantelamento e enfraquecimento de facções criminosas ao ser aplicado aos seus líderes. Em 2019, uma alteração legislativa acarretou algumas mudanças ao instituto e deixou de prever uma limitação temporal à sua modalidade de medida cautelar. A essência do trabalho é analisar a constitucionalidade dessa inovação normativa e apontar uma possível solução.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Regime Disciplinar Diferenciado. Execução Penal. Garantias Constitucionais.

Sumário – Introdução. 1. Peculiaridades do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e a alteração legislativa da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime). 2. Os limites do instituto e sua aplicação aos líderes de facções. 3. Análise da ausência de limitação temporal na aplicação do RDD como medida cautelar sob a ótica das garantias constitucionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo principal a análise jurídica da alteração trazida pela Lei nº 13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime, ao art. 52 da Lei de Execuções Penais e sua aplicação nos casos dos líderes de facções criminosas que se encontram presos.

O supracitado dispositivo traz a previsão do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que possui natureza jurídica tanto de sanção disciplinar quanto de medida cautelar; consiste na permanência do preso em cela individual, com limitações ao direito de visita e ao direito de saída da cela.

A jurisprudência é firmada na constitucionalidade do instituto. No entanto, em 2019, houve uma alteração legislativa que revogou o dispositivo que previa uma limitação temporal na aplicação do RDD e incluiu a previsão de duas hipóteses que permitem a prorrogação da medida por períodos sucessivos de 1 ano.

A problemática se encontra na subjetividade dessas hipóteses, sendo amplamente aplicáveis a conhecidos líderes de facções criminosas em uma política criminológica própria do Direito Penal do Inimigo.

É diante dessa tensão que se desenvolve o tema da pesquisa.



Vale dizer que a pesquisa se volta especificamente no caso do líder de facção que não cometeu falta grave e é submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na sua modalidade de medida cautelar.

No primeiro capítulo, pretende-se expor as peculiaridades do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e as alterações legislativas trazidas à Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime).

O segundo capítulo procura analisar os limites do instituto e sua aplicação desmedida aos líderes de facções, visando à desarticulação da organização criminosa.

No último capítulo, são examinadas as violações a garantias constitucionais ocasionadas pelas alterações trazidas pela novel legislação.

Tratando dos procedimentos metodológicos, levando-se em consideração os objetivos, a vertente metodológica utilizada foi a dedutiva, utilizando-se artigos jurídicos, doutrina, revistas jurídicas, jurisprudência, normas constitucionais e infraconstitucionais.

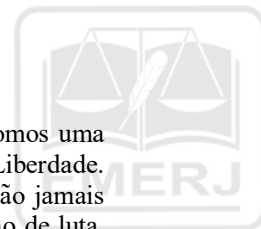
Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar a sua tese.

1. PECULIARIDADES DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) E A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DA LEI Nº 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME)

É inegável que o Estado brasileiro tem se mostrado negligente em oferecer a seguridade almejada dentro das penitenciárias do país, abrindo espaço para o surgimento de um clima crônico de insegurança nos estabelecimentos penais e comprometendo a integridade dos próprios detentos, dos funcionários e de toda a sociedade. Essa ineficiência estatal colaborou sobremodo para o entrelaçamento das facções criminosas cada vez mais poderosas.

Este cenário resultou em um fortalecimento das organizações criminosas, com milhares de integrantes, todos dispostos a atender às ordens de seus líderes. Sobre o tema, Roberto Porto¹ afirma ser imprescindível destacar o manuscrito apreendido na residência de um dos Líderes do Primeiro Comando da Capital (PCC), facção criminosa de forte atuação no território brasileiro. Veja-se, pois:

¹PORTO, Roberto. *Crime Organizado e Sistema Prisional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 61.



Não somos uma organização criminosa, muito menos uma facção, não somos uma Utopia e sim uma transformação e uma nova filosofia: Paz, Justiça e Liberdade. Fazemos parte de um comportamento carcerário diferente, aonde um irmão jamais deixará outro irmão sobre o peso da mão de um opressor, somos um sonho de luta, somos uma luta permanente de um sistema mais justo, mais igual, aonde o oprimido tenha pelo menos uma vida mais digna e humana. Nascemos num momento de opressão em um campo de concentração, sobrevivemos através de uma união, a semente foi plantada no asfalto, no cimento, foi regada a sangue, a sofrimento, ela gerou vida, floresceu, e hoje se tornou o “braço forte” que luta a favor de todos os oprimidos que são massacrados, por um sistema covarde, capitalista e corrupto, um sistema que só visa massacrar o mais fraco. O sistema insiste em nos desmoralizar com calúnias e difamações, nos rotulam como monstros, como anti-sociais, mas tudo isso é parte de uma engrenagem que só visa esconder uma realidade, uma verdade, ou seja, o sistema precisa de um bode-expiatório. Muitos irmãos já morreram nessa luta desigual, muitos se sacrificaram de corpo e alma por um ideal. Hoje o que o sistema negava o que ele repudiava. Hoje ele é obrigado a admitir a nossa existência. O próprio sistema criou o “Partido” (...).

As péssimas condições da maioria das penitenciárias brasileiras provocaram inúmeras revoltas dos detentos. Em virtude dessa precariedade, instalaram-se, dentro dos estabelecimentos penais, as organizações criminosas e sob seu comando eclodiram rebeliões reivindicando melhores condições de sobrevivência. Por esta razão, em seus primórdios, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) era regulado a nível estadual, tendo surgido em resposta a rebeliões ocorridas no Brasil.

Após a megarrebelião no estado de São Paulo, em 2001, quando 29 (vinte e nove) unidades prisionais rebelaram-se, simultaneamente, por ordem de chefes de facções criminosas exaradas de dentro dos próprios presídios, a Secretaria da Administração Penitenciária editou a Resolução nº 26², que regulamentou "a inclusão, permanência e exclusão de presos no Regime Disciplinar Diferenciado".

Em 2002, foi estabelecido no Rio de Janeiro um regime análogo ao paulista, em resposta à guerra entre as maiores facções rivais do país que controlavam o tráfico de drogas na cidade, liderada por Fernandinho Beira-Mar, ocorrida no Presídio de Segurança Máxima Bangu I.

Diante desses acontecimentos, como forma de dar amparo legal a essas normas administrativas estaduais, em 1º de dezembro de 2003, a Câmara dos Deputados transformou

²SÃO PAULO. Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Resolução nº 26* de 04 de maio de 2001. Disponível em: <<https://www.imprensaoficial.com.br>>. Acesso em: 02 jul. 2020.



o Projeto de Lei nº 5.073/01 na Lei nº 10.792/03³, que introduziu o RDD no artigo 52 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84)⁴.

Inicialmente, foi previsto o RDD com natureza jurídica de sanção disciplinar, como penalidade à prática fato previsto como crime doloso quando ocasionasse subversão da ordem ou disciplina interna. Esse recrudescimento disciplinar esteve relacionado com a necessidade do Poder Público de reafirmar seu controle sobre os estabelecimentos prisionais.

No mesmo dispositivo, foi previsto, ainda, a aplicação do RDD com natureza de medida cautelar a presos que apresentassem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou sob o qual recaíssem fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

O instituto se caracteriza por um maior grau de isolamento do preso, seja ele provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, com recolhimento em cela individual e restrições na visitação e, inclusive, nas horas diárias de banho de sol.

No RDD, é vedado acesso a qualquer meios de comunicação, como televisão, jornais e revistas, assim como visitas íntimas. Diferentemente das prisões convencionais, a visita ocorre sem o contato físico e a conversa se dá através do parlatório, onde o preso e o familiar ficam separados por um vidro e se comunicam por interfone.

Insta frisar que o RDD não se confunde como um regime de cumprimento de pena ao lado dos regimes fechado, semiaberto e aberto. Nas lições de Mirabete⁵:

o regime disciplinar diferenciado não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semi-aberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior (...).

A recente Lei nº 13.964/19⁶, conhecida como Pacote Anticrime, que entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, operou como uma minirreforma penal, processual e penitenciária e trouxe uma nova roupagem ao Regime Disciplinar Diferenciado.

³ BRASIL. *Lei nº 10.792*, de 1º de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020

⁴ BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁵MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 149.

⁶ BRASIL. *Lei nº 13.964/19*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

Foi dito que a nova lei trouxe a possibilidade de se prorrogar o regime na modalidade de medida cautelar em períodos sucessivos de 1 (um) ano, caso haja indícios de que esse preso continue exercendo função de liderança em grupos criminosos. *In verbis*:

Art. 52. § 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso:

I - continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade;

II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário.⁸

Como se extrai do texto normativo, há a previsão de requisitos extremamente subjetivos para que o magistrado autorize, e renove, a submissão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado. Além da característica de estar o preso vinculado à organização criminosa, haveria, ainda, uma inquirição do seu perfil criminal. Em síntese, pode-se dizer que seria uma análise utilizada para elaborar um perfil, sobretudo, psicológico do tipo de personalidade do preso suscetível a cometer crimes. Ou seja, essa previsão normativa demonstra que o conceito de personalidade está intimamente relacionado ao conceito de periculosidade.

Dessa forma, é de se reconhecer que é muito temerário conceituar periculosidade a partir de determinados comportamentos criminosos, pois desaguardaria em uma personalidade criminosa casuística.

É de se notar, ainda, que a legislação sequer utiliza a expressão “prova”, mas sim “indícios”. “Toda prova é, antes, indício. Normalmente, os indícios, isoladamente, não chegam a ser prova.”⁹ Ou seja, prova é um ato mais complexo do que o indício. Se se levar em consideração a hermenêutica literal da legislação, a análise que levaria o magistrado a um convencimento sobre a existência de razões para submeter um preso ao RDD seria mais rasa do que se o texto exigisse a existência de provas.

Quanto mais elaborado for o processo racional do juiz, quanto “mais tempo” levar a fase racional de exame de teses, de provas e de probabilidades, e mais for adiado o gatilho da convicção, melhor tende a ser a qualidade da prestação jurisdicional, pois

⁸BRASIL, op. cit., 1984, nota 4.

⁹MEDEIROS, Flavio Meirelles. *No processo penal, convicção, indícios e provas são coisas diferentes*. Disponível em: <<https://www.jus.uniceub.br/jus/article/viewFile/1123/1152>>. Acesso em: 06 jul. 2020.



que na medida em que vai surgindo a convicção, ato de crença, vai se apagando a racionalidade.¹⁰

Como visto no primeiro capítulo, a inclusão do preso em regime disciplinar depende apenas de uma solicitação da administração penitenciária e de um despacho do juiz competente, após manifestação do Ministério Público e da defesa. Ressalte-se que sequer é estabelecido um processo para apuração dos fatos, assim como não existe defesa para que o preso possa se livrar da aplicação do regime, ferindo os princípios da ampla defesa e do contraditório.

No mesmo contexto está a utilização da expressão “fundada suspeita”. Para José Afonso da Silva¹¹, a “questão mais grave é que há um caso de incriminação de mera suspeita, ainda que fundada de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bando”. A utilização de expressões amplas traz uma norma imprecisa e, conseqüentemente, insegurança jurídica, estando aberta à possibilidade de gerar injustiças na aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.

O que se pretende demonstrar, portanto, é que um juiz, determinado a segregar líderes de facções como forma de desarticular o grupo criminoso, estará com a sua análise subjetiva condicionada a sopesar os indícios de forma passional, havendo comprometimento em sua imparcialidade. A ideia de que toda ação estatal deve convergir para o bem comum repele qualquer medida que venha configurar apropriação da vingança privada pelo ente público.

Somado a todos os pontos apresentados, a nova legislação não previu uma vigência máxima para as renovações do preso ao RDD como medida cautelar, como há na modalidade de sanção disciplinar - em que o limite é de 2 (dois) anos para cada falta grave cometida; a nova lei sequer manteve, nesse último caso, o limite máximo de 1/6 (um sexto) de pena.

Isso significa dizer que a subjetividade na análise dos requisitos pode levar a uma renovação *ad eternum* da segregação desses presos, sob o pretexto de se estar contribuindo para o desmantelamento do crime organizado, podendo, no entanto, configurar uma verdadeira “caça às bruxas” no âmbito penitenciário.

¹⁰Ibid.

¹¹SILVA, José Afonso da. Parecer. In: *Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB*. ADI 4162. 11 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443438&tipo=TP&descricao=ADI%2F4162>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

3. ANÁLISE DA AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL NA APLICAÇÃO DO RDD COMO MEDIDA CAUTELAR SOB A ÓTICA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Como visto no capítulo anterior, no intuito de controlar a massa carcerária e enfraquecer facções criminosas, as autoridades tentam isolar seus líderes, entretanto, isso não pode acontecer de forma permanente. A ausência da limitação temporal da renovação do RDD como medida cautelar aplicada a esses presos fere diversas garantias constitucionais, que serão analisadas a seguir.

A constitucionalidade do instituto, na redação original dos dispositivos, foi questionada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4162¹², ajuizada em 2008, sob o argumento de que a única diferenciação que a Constituição Federal prevê para cumprimento de pena é para beneficiar o réu e não para prejudicar. No entanto, ainda que não haja decisão definitiva do STF na supracitada ação, a jurisprudência é firmada no sentido de entender pela constitucionalidade do RDD. Veja-se¹³:

HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA.

1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade.

2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional -liderando rebeliões que não raro com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos -e, também, no meio social.

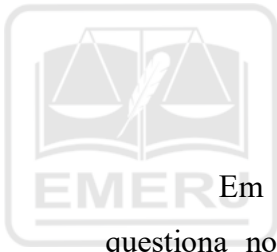
3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

4. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execução Penal.

5. Ordem denegada.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4162*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 40300*. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br>>. Acesso em 14 jul. 2020.



Em que pese a maioria dos julgados terem se firmado nesse sentido, o que se questiona no presente trabalho é a constitucionalidade da alteração trazida pela Lei nº 13.964/19¹⁴, ou seja, a ausência de limitação temporal na renovação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) como medida cautelar aplicada aos presos contra os quais há indícios de liderarem facções criminosas. Foi visto que, diante da dificuldade das autoridades em controlar a massa carcerária, os líderes são isolados como forma de enfraquecer o grupo, no entanto, isso não deve acontecer de forma permanente. A manutenção do isolamento total por longos períodos fere diretamente direitos fundamentais dos indivíduos encarcerados, além de ir de encontro à finalidade da pena, prevista na Lei de Execuções Penais¹⁵.

Atendo-se, inicialmente, somente à previsão legislativa e sem adentrar-se na histórica discussão doutrinária sobre o conceito e a finalidade da sanção penal, a própria Lei de Execuções Penais¹⁶ prevê que a execução penal objetiva proporcionar ao indivíduo condições para a sua integração social, bem como orientar o retorno à convivência em sociedade. Nesse mesmo sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁷ prevê que o regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros.

A supressão, pelo Estado, da liberdade natural do ser humano deve ser ordenada a fim de buscar dotar o indivíduo de meios tendentes a produzir sua ulterior reincorporação social harmônica. Desta forma, constata-se que manter uma pessoa em isolamento prolongado de 22 (vinte e duas) horas diárias, incomunicabilidade absoluta, severa restrição no recebimento de visitas, entre outras medidas, não gera nenhuma ressocialização. Incabível, portanto, seria permitir uma prorrogação judicial ilimitada do Regime Disciplinar Diferenciado como pretende a legislação, fato que se opõe à finalidade da pena prevista no ordenamento jurídico.

Ademais, a Constituição Federal Brasileira¹⁸ veda expressamente a tortura, o tratamento desumano ou degradante, bem como a aplicação de penas cruéis e perpétuas, conforme previsto no art. 5º, incisos III e XLVII. Com isso, o legislador constituinte quis proteger a integridade física e moral do preso, partindo do princípio da humanidade das penas,

¹⁴BRASIL, op.cit., 2019, nota 6.

¹⁵BRASIL, op. cit., 1984, nota 4.

¹⁶Ibid.

¹⁷ BRASIL. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.

¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jul. 2020.



conforme previsto no inciso XLIX do supracitado artigo e seguido pelas legislações infraconstitucionais como o art. 40 da Lei de Execuções Penais¹⁹ e art. 38 do Código Penal²⁰.

A vedação da perpetuidade da pena não se restringe apenas a proibir penas ilimitadas no tempo, que cessariam somente com o falecimento do condenado, mas também visa a proibir penas que, apesar de limitadas no tempo, sejam excessivamente longas. Dessa forma, não seria razoável conceber a ideia que não deva haver um limite temporal máximo ao qual o juiz deva obedecer quando da renovação da submissão do preso ao RDD.

O preso, nessa relação com o Estado, continua sendo um sujeito de direitos; ele conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, o que impõe respeito à sua integridade física e moral. Os princípios têm a função de delimitar o *ius puniendi* estatal, servindo como um garantia do cidadão frente ao poder punitivo. Sendo assim, o RDD também deve observar os princípios constitucionais, respeitando-os, já que a aplicação de normas principiológicas é imediata, sob pena de violação à Lei Maior.

O Estado Democrático de Direito estará respeitado quando houver equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual do homem. Eventual desequilíbrio em favor do excesso da segurança e, conseqüentemente, excessiva limitação da liberdade individual, implicará em ofensa ao Estado Democrático. A aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado pressupõe respeito à identidade do preso, no que se refere às suas peculiaridades como ser humano, que deve sofrer responsabilização pelos seus atos, mas na proporção adequada do que é condizente com a natureza social do homem, como sujeito de direitos e obrigações. Não se prega impunidade, porém não se deve distanciar do olhar humanitário da execução penal, a fim de que haja recuperação do indivíduo, pautando-se pela finalidade principal que é a reinserção social.

O princípio da humanidade das penas está estritamente ligado à limitação qualitativa da pena imposta ao preso, pois as penas cruéis são vedadas no ordenamento jurídico brasileiro por se oporem a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana. “A condenação explícita da tortura e de tratamento desumano ou degradante é corolário necessário do reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana constitui um fundamento do Estado Democrático de Direito.”²¹

¹⁹BRASIL, op. cit., 1984, nota 4.

²⁰ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 jul. 2020.

²¹SILVA, op. cit., nota 11.



Deve-se buscar identificar o tratamento desumano ou degradante, a partir do princípio de que toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente ao indivíduo como ser humano. O valor da dignidade da pessoa humana é o termômetro ou a limitação fundamental em relação à qualidade e quantidade da pena.

É inegável, portanto, que se não houver um controle legislativo sobre o limite de tempo que o preso pode ficar isolado, sob medida cautelar, pelo Regime Disciplinar Diferenciado, haverá violação aos princípios constitucionais supracitados, uma vez que haverá comprometimento de sua higidez mental e física.

CONCLUSÃO

Percebeu-se que a negligência estatal em relação às condições dos estabelecimentos penitenciários gerou um quadro desordenado e caótico, que serviu para o entrelaçamento e o fortalecimento de facções criminosas no interior dos presídios. A ausência de atenção do Estado e da sociedade à causa prisional fez com que as ideias de um discurso de revolução, luta e resistência se disseminassem e, em pouco tempo, juntassem milhares de detentos em torno de alguns líderes, doutrinados e dispostos a atender às suas ordens.

Nesse sentido, o Regime Disciplinar Diferenciado foi a maneira que a Administração Pública criou para lidar com sua própria incapacidade de gerir os problemas de violência e crime organizado no âmbito penitenciário tendo surgido em resposta a rebeliões ocorridas no Brasil.

O RDD possui natureza jurídica tanto de sanção disciplinar quanto de medida cautelar. Institui um modelo de confinamento e isolamento aos presos considerados perigosos, obrigando-os ao silêncio e evitando seu contato com os demais presos que poderiam fomentar a organização criminosa no interior dos presídios.

A segregação de líderes de facções criminosas do restante da massa carcerária é, mais que um poder, um dever estatal. No entanto, a necessidade e a proporcionalidade da aplicação do isolamento configuram uma linha tênue entre o proibido e o permitido.

A alteração trazida pelo Pacote Anticrime à Lei de Execuções Penais, ao deixar de prever um limite máximo em que o preso pode ficar submetido às renovações da medida cautelar do RDD, configura violação à norma e às garantias constitucionais asseguradas aos presos. A duração da medida é um fator relevante na análise da razoabilidade e proporcionalidade da medida. Importa, da mesma forma, saber se a aplicação do isolamento



se trata de mera arbitrariedade, ou até mesmo vingança, do administrador penitenciário quando do seu requerimento à autoridade judicial ou se se deu por um processo de decisão imparcial e, portanto, legítimo do magistrado.

Dessa feita, o RDD também deve seguir os princípios constitucionais, como o princípio da humanidade das penas, e proteger a dignidade da pessoa humana. Qualquer forma de atuação que importe na fragilização psíquica do preso significa tratamento desumano e degradante, como tal o isolamento prolongado e ilimitado. A manutenção do isolamento total por longos períodos fere diretamente direitos fundamentais dos indivíduos encarcerados, além de ir de encontro à finalidade da pena, prevista na Lei de Execuções Penais.

No que tange à duração do regime imposto, sendo constitucionalmente vedada a crueldade das penas, é necessário que haja uma limitação temporal às prorrogações previstas em lei, sob pena de se estar penalizando o preso com uma prisão extrema de desesperança e depressão.

Conclui-se, portanto, que é imperiosa a necessidade de uma alteração legislativa que regulamente a duração máxima que um preso pode ter seu isolamento prorrogado para evitar que se avilte o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e que agrida as garantias constitucionais de vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante e de vedação de penas cruéis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 jul. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jul. 2020.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. *Lei nº 10.792*, de 1º de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. *Lei nº 13.964/19*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.



_____. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 40300*. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1803126/habeas-corpus-hc-40300-rj-2004-0176564-4>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4162*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443438&tipo=TP&descricao=ADI%2F4162>>. Acesso em: 05 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *OAB quer fim do regime diferenciado para presos infratores*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97960>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

GAÚCHAZH. *Os argumentos do MP para solicitar que líderes de facções permaneçam presos fora do RS*. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/06/os-argumentos-do-mp-para-solicitar-que-lideres-de-faccoes-permanecam-presos-fora-do-rs-cjxdk5vl6016e01pkectcmk8f.html>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

KAWAGUTI, Luis. *Para desarticular facções, é preciso endurecer isolamento de líderes, diz procurador de São Paulo*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38672524>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. *No processo penal, convicção, indícios e provas são coisas diferentes*. Disponível em: <<https://www.jus.uniceub.br/jus/article/viewFile/1123/1152>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NONAKA, Michel Vianna. *A (In)constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado*. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14759>. Acesso em: 06 jul. 2020.

ORBAGETAQUARY, Eneida. *O regime disciplinar diferenciado no Brasil e no direito norte americano: violação do princípio da individualização da pena ou medida reguladora estatal de controle do comportamento de presos perigosos em estabelecimentos penitenciários*. Disponível em: <<https://www.jus.uniceub.br/jus/article/viewFile/1123/1152>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

PARENTI, Nadir Lorencetti. *O Regime Disciplinar Diferenciado e a Ressocialização do preso: (des)respeito ao princípio da dignidade humana e a(in)constitucionalidade do Instituto*. 2016. 53 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.



PORTO, Roberto. *Crime Organizado e Sistema Prisional*. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTOS, Thales Eduardo Gonçalves. *Regime Disciplinar Diferenciado - RDD*. Disponível em: <<https://thalessantos.jusbrasil.com.br/artigos/501843922/regime-disciplinar-diferenciado-rdd>>. Acesso em: 12 mar. 2020

SÃO PAULO. Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Resolução nº 26 de 04 de maio de 2001*. Disponível em: <https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO1991Resultado_11_8.aspx?filtrotipopalavraschavesalvar=FE&filtrodatafimsalvar=20010505&filtropalavraschave=+&filtrodatainiciosalvar=20010505&CadernoID=ex1&Data=20010505&filtrocadernosalvar=execi&NomeCaderno=Executivo+I>. Acesso em: 02 jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. Parecer. In: *Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB*. ADI 4162. 11 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443438&tipo=TP&descricao=ADI%2F4162>>. Acesso em: 10 jul. 2020.



A INSEGURANÇA JURÍDICA DERIVADA DA FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL PARA PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA DECISÕES PARCIAIS DE MÉRITO

Jair Rodrigues Santos Júnior

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – o Código de Processo Civil de 2015, visando a aperfeiçoar e a resguardar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, adota de forma expressa a teoria dos capítulos da decisão e dispõe acerca da possibilidade de serem prolatadas decisões antecipadas parciais de mérito. Dessa forma, possibilita-se a formação gradual da coisa julgada, sendo razoável que existam diversos trânsitos em julgado em um único processo. As coisas julgadas parciais que podem ser formadas a partir dos capítulos independentes da decisão ou das decisões parciais de mérito são passíveis de desconstituição por meio de ações rescisórias distintas, que poderão ser ajuizadas logo após o trânsito em julgado de cada decisão parcial.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Coisa Julgada Parcial. Ação Rescisória. Termo Inicial.

Sumário – Introdução. 1. Da aplicação do julgamento antecipado parcial de mérito no CPC/15 e da possibilidade de trânsito em julgado em momentos distintos do processo. 2. Controvérsias quanto ao termo inicial para a propositura da rescisória que visa desconstituir a coisa julgada parcial. 3. Prevalência da contagem autônoma dos prazos: uma tendência? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a temática da ação rescisória no processo civil, enfocando um recorrente problema que ocorre diante da fixação do termo *a quo* para a sua propositura em face de decisões antecipadas parciais de mérito transitadas em julgado.

Procura-se demonstrar que a existência de várias decisões de mérito no processo acarreta a possibilidade de se fixarem vários termos iniciais para a propositura de rescisória, gerando insegurança jurídica quando confrontada tal hipótese com a previsão legal do Código de Processo Civil e o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça.

Considerando que o princípio da unidade do Código de Processo Civil impõe uma interpretação sistemática do diploma processual, aparentemente o termo inicial do prazo para a propositura de ação rescisória em face de capítulo autônomo da sentença ou de decisão parcial de mérito deve ser o trânsito em julgado daquele capítulo ou daquela decisão, de modo que para cada capítulo ou decisão protegida pela coisa julgada fluiria um prazo autônomo de ação rescisória.



Todavia, o Código não é claro ao disciplinar tal matéria. Pelo contrário. O texto legal se revela impreciso, pois trata apenas de quando o direito à rescisão se extingue, não fixando o termo inicial para a propositura da rescisória.

Assim sendo, é imperiosa a necessidade de se investigar qual o termo inicial para a propositura da ação rescisória contra a coisa julgada parcial. É que apenas com a resolução dessa controvérsia seria possível sanar a insegurança jurídica provocada pela possibilidade de propositura da ação rescisória em face da decisão parcial de mérito transitada em julgado antes do final do processo como um todo.

Para tal, inicia-se o primeiro capítulo apresentando que o fatiamento do julgamento do mérito possibilita a ocorrência de trânsito em julgado de parcelas do mérito em momentos processuais distintos, pois o trânsito em julgado diz respeito às decisões e não a todo o processo, o que torna viável a formação progressiva de coisas julgadas parciais.

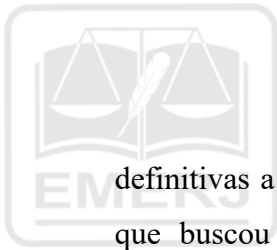
Segue-se analisando, no segundo capítulo do estudo, as atuais controvérsias acerca da fixação do termo inicial para a propositura de ação rescisória contra a coisa julgada parcial. Constatam-se faticamente uma insegurança jurídica decorrente da previsão legal e entendimento jurisprudencial do STJ hoje existentes no que se refere ao prazo para ajuizamento da rescisória se iniciar do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

O terceiro capítulo aborda, por fim, uma interpretação sistemática do diploma processual civil para defender que, com base no princípio da segurança jurídica e da unicidade do Código, é possível a contagem autônoma dos prazos para a propositura da ação rescisória em face de cada decisão parcial de mérito transitada em julgado, destacando a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza hipotético-dedutiva e abordagem qualitativa, tendo em vista que o aluno objetiva selecionar proposições hipotéticas, que se imagina serem possíveis para analisar o objeto da pesquisa, com o intuito de comprová-las ou rejeitá-las no campo da argumentação.

1. DA APLICAÇÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO NO CPC/15 E DA POSSIBILIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO EM MOMENTOS DISTINTOS DO PROCESSO

Um dos principais objetivos do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) é o de proporcionar a concessão de tutela adequada, efetiva e justa dentro de uma duração razoável do processo. Nesse sentido, ao admitir a possibilidade de emissão de decisões antecipadas



definitivas a respeito de parcelas do mérito, o CPC corroborou tais objetivos, na medida em que buscou reduzir a insegurança jurídica e agilizar as soluções prestadas pelo Poder Judiciário¹.

Assim sendo, é evidente que o instituto do julgamento antecipado parcial do mérito trouxe efetividade na prestação da tutela jurisdicional. Trata-se de decisão fundada em juízo de certeza, por meio de cognição exauriente, que resolve parte do mérito de modo definitivo, assim como a sentença final, sendo instrumento hábil à formação da coisa julgada material e à execução definitiva. Tal fato implica dizer que as decisões parciais se sujeitam, em regra, aos mesmos requisitos da sentença e, além disso, são aptas a produzir os mesmos efeitos e a revestir-se da mesma autoridade e imunidade derivadas da coisa julgada, motivo pelo qual também podem ser rescindidas pela ação rescisória².

No que refere a essa ação autônoma, é imperioso ressaltar que ela tem por objetivo a desconstituição de capítulos autônomos da sentença ou de decisões parciais de mérito que podem ter transitado em julgado antes do final do processo³. Isso porque, ao longo de um mesmo processo, podem ser proferidas diversas decisões antecipadas parciais de mérito em momentos distintos, assim como pode ser prolatada sentença constituída por diversos capítulos de mérito.

Assim sendo, em decorrência da possibilidade de fatiamento do julgamento do mérito e da sentença poder ter mais de um capítulo, questiona-se se seria possível o trânsito em julgado das parcelas do mérito em momentos processuais distintos da ação.

Para responder a essa indagação, é importante, primeiramente, traçar um panorama de como o tema era disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973). Nesse Código, embora não se fizesse expressa menção aos capítulos da decisão, era admitida, em tese, a possibilidade de as decisões serem divididas em capítulos, razão pela qual, havendo no pronunciamento capítulos autônomos, e sendo o recurso apenas parcial, os capítulos não impugnados transitariam em julgado. Tal fato leva a crer que a coisa julgada poderia se formar em momentos variados, autorizando a imediata propositura da ação rescisória. Portanto, sob a vigência do CPC/1973, a maior parte da doutrina⁴ entendia ser possível a

¹MARINONI, Luiz Guilherme et al. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 255.

²DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 706.

³WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 16. ed. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 843.

⁴DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. V. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 527.



ocorrência do trânsito em julgado em momentos diversos do processo, o que daria ensejo à formação da coisa julgada parcial.

Porém, na contramão do que lecionava a doutrina, o Superior Tribunal de Justiça⁵ negava a possibilidade do trânsito em julgado de capítulos da sentença ou de decisões parciais de mérito em momentos distintos. Ao se verificarem os precedentes que originaram o enunciado n° 401 da súmula do STJ⁶, pode-se notar que o entendimento do tribunal sobre a impossibilidade do trânsito em julgado em momentos distintos se baseava em três fundamentos: a sentença é una e indivisível⁷, portanto não pode haver decisões parciais de mérito; apenas a sentença faz coisa julgada⁸; o trânsito em julgado parcial conturbaria o processo⁹.

Entretanto, os argumentos utilizados pelo tribunal não permanecem válidos a partir do CPC de 2015.

Em primeiro lugar, o CPC/2015 não adotou o princípio da unicidade da sentença, uma vez que admite expressamente a prolação de decisões parciais de mérito (Art. 356¹⁰ do CPC).

Em segundo lugar, tem-se por equivocada a afirmativa de que somente a sentença faria coisa julgada, tendo em vista que o art. 502 do CPC¹¹ disciplina que a coisa julgada é a autoridade que recai sobre a decisão de mérito, que pode se dar inclusive de forma interlocutória, conforme artigos 354¹² e 356¹³ do CPC.

Por fim, o argumento de que o trânsito em julgado parcial conturbaria o processo é mero artifício de política judiciária que vai contra os princípios da razoável duração do processo e da paridade de armas, pois impedir o trânsito em julgado das decisões já

⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 415.586*. Relator: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200200183879&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 401*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stjrevistasumulas-2013_37_capSumula401.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg na AR n° 3799*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701799978&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp n° 441.252*. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400655823&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp n° 639.233*. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400070008&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

¹⁰BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 abr. 2020.

¹¹Ibid.

¹²Ibid.

¹³Ibid.



irrecorríveis postergaria indevidamente a prestação jurisdicional em detrimento da parte que tem razão, violando o direito à tutela adequada e tempestiva e a igualdade de tratamento que deve haver entre as partes.

Vale destacar, todavia, que o entendimento do STJ vem sendo reiterado ao longo dos últimos anos¹⁴. Ademais, mesmo após a vigência do CPC de 2015, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o assunto e manteve seu entendimento sobre não se admitir a formação de coisa julgada parcial, tampouco o ajuizamento de ações rescisórias contra capítulos distintos de uma mesma decisão em momentos diferentes. Para o STJ¹⁵, portanto, prevalece o entendimento de que só seria cabível a referida ação autônoma após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Por outro lado, o Tribunal Superior do Trabalho entende de forma diversa ao disciplinar que o trânsito em julgado pode ocorrer em momentos distintos. Trata-se de entendimento sumulado no Enunciado n° 100, II do tribunal¹⁶, que reconhece que o trânsito em julgado de uma decisão com capítulos independentes pode ocorrer em momentos e em tribunais diferentes, acatando-se a possibilidade de ajuizamento de rescisórias fracionadas. Veja-se:

ACÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. (...) II – Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial¹⁷.

Portanto, o TST entende que o trânsito em julgado se refere à decisão, e não ao processo, razão pela qual podem ser vários os momentos de trânsito em julgado ao longo do processo, a depender da quantidade de decisões nele proferidas. Assim, o tribunal claramente admite a possibilidade de formação da coisa julgada parcial.

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal¹⁸, no julgamento do Recurso Extraordinário n° 666.589, entendeu ser cabível o trânsito em julgado de capítulos da mesma

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp n° 911.125*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201600903123&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

¹⁵BRASIL. *AgInt no AREsp n° 222.251*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201790094&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

¹⁶BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 100*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM100>. Acesso em: 16 abr. 2020.

¹⁷Ibid.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 666.589*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4180184>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

decisão em momentos distintos e, por consequência, a propositura de ação rescisória contra capítulos autônomos da decisão. Ademais, deve ser ressaltado que, da análise do voto do Ministro Relator, percebe-se que a controvérsia ali se baseava justamente em definir o momento em que surge a coisa julgada. Em outras palavras, se é possível cogitar de trânsito em julgado independente dos capítulos autônomos das decisões.

Por esse viés, o STF entendeu que o acórdão impugnado, que inclusive originou a Súmula nº 401 do STJ, estava em dissonância tanto com o melhor entendimento doutrinário quanto com a própria jurisprudência do STF, violando a garantia da coisa julgada prevista constitucionalmente, conforme se verifica no trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, relator¹⁹:

[...] o Supremo admite, há muitos anos, a coisa julgada progressiva ante a recorribilidade parcial também no processo civil. É o que consta do Verbete nº 354 da Súmula, segundo o qual, ‘em embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação’. Assim, conforme a jurisprudência do Tribunal, a coisa julgada, reconhecida na Carta como cláusula pétrea no inciso XXXVI do artigo 5º, constitui aquela, material, que pode ocorrer de forma progressiva quando fragmentada a sentença em partes autônomas [...].

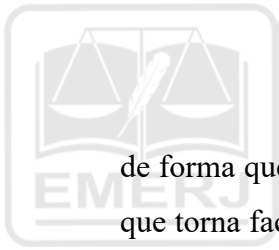
Nesse sentido, o STF admite a coisa julgada progressiva, conforme enunciado de nº 354 da Súmula do tribunal²⁰. Tal fato se deve em virtude de que o trânsito em julgado dos capítulos autônomos da decisão pode ocorrer em datas diversas, de modo que deve ser refutada qualquer tese que trate de unidade absoluta do termo inicial do prazo para propositura da ação rescisória.

Tendo em vista que a proteção à coisa julgada é matéria constitucional, cuja análise da violação deve ser realizada pelo STF, que já entendeu pertinente a formação da coisa julgada progressiva e a existência de prazos distintos para a rescisória, deve ser superado o entendimento consolidado no STJ, por evidente inconstitucionalidade. A restrição da data do trânsito em julgado a um único momento ao final do processo macularia a intangibilidade da coisa julgada, uma vez que permitiria que decisões pudessem ser revistas muito após sua prolação.

Em síntese, é possível que o trânsito em julgado das parcelas do mérito possa ocorrer em momentos processuais distintos, de maneira fracionada. Portanto, o trânsito em julgado não ocorre obrigatoriamente em um único momento ao final do processo como um todo, sendo possível que partes ou trechos das decisões transitem em julgado em ocasiões distintas,

¹⁹Ibid.

²⁰BRASIL. *Súmula nº 354*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.a.sp?sumula=2630>>. Acesso em: 16 abr. 2020.



de forma que o trânsito em julgado faz alusão às decisões e não ao processo como um todo, o que torna factível a formação progressiva de coisas julgadas parciais²¹. É esse o entendimento que promove a segurança jurídica e a razoável duração do processo.

2. CONTROVÉRSIAS QUANTO AO TERMO INICIAL PARA A PROPOSITURA DA RESCISÓRIA QUE VISA DESCONSTITUIR A COISA JULGADA PARCIAL

O Código de Processo Civil²² de 2015, nos seus artigos 966 a 975, cuida da possibilidade de ajuizamento da ação rescisória, prevendo como alguns de seus requisitos a existência de decisão de mérito transitada em julgado, a presença de vício rescisório e a propositura dentro do prazo decadencial legal.

A maior das controvérsias sobre o tema, entretanto, reside em esclarecer qual seria o termo inicial para a propositura dessa ação autônoma. Isto porque, como mencionado anteriormente, a ação rescisória pode desconstituir capítulos autônomos da sentença ou decisões parciais de mérito que podem ter transitado em julgado antes do final do processo.

Por esse viés, a rescisória poderá impugnar toda a decisão judicial ou parte dela, ou seja, algum ou alguns dos seus capítulos, que podem estar preclusos ou terem transitado em julgado em momentos distintos. O art. 966, §3º, CPC²³ é evidente ao afirmar que a ação rescisória pode ter por objeto apenas um capítulo da decisão, razão pela qual se torna possível a propositura de rescisória parcial. A partir desse dispositivo, Wambier²⁴ chega à conclusão de que é factível a propositura de ação rescisória em face de capítulos autônomos da decisão, de modo que a rescisória parcial pode estar relacionada com o trânsito em julgado parcial.

Com efeito, se o CPC admite de modo expresso a existência de capítulos autônomos do pronunciamento judicial, a possibilidade de julgamento parcial de mérito e o cabimento de ação rescisória parcial, torna-se indubitosa também a viabilidade de propositura de ações rescisórias diversas para desconstituição de coisas julgadas parciais²⁵.

Ademais, o direito de propor a ação rescisória surge com o trânsito em julgado da decisão rescindenda. Uma vez reconhecida a autonomia dos capítulos da sentença, é de se notar que, caso uma unidade autônoma da decisão não seja impugnada, esta parte do

²¹DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 462.

²²BRASIL, op. cit., nota 10.

²³Ibid.

²⁴WAMBIER, op. cit., 2016, p. 708.

²⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 1.596.



pronunciamento judicial transitará em julgado, sobre ela incidindo a coisa julgada e a possibilidade de rescisão²⁶.

Portanto, é evidente que o termo inicial do prazo para a propositura de ação rescisória em face de capítulo autônomo da decisão ou de decisão parcial de mérito deve ser o trânsito em julgado daquele capítulo ou daquela decisão, de modo que para cada capítulo ou decisão protegida pela coisa julgada haveria um prazo independente de ação rescisória.

No entanto, o art. 975 do CPC²⁷ não é preciso ao tratar dessa temática. Tal artigo relata que o direito à rescisão é extinto em dois anos a contar do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. O texto legal, pois, limita-se a afirmar quando o direito à rescisão se extingue, sem fixar termo inicial para a propositura da rescisória.

Nesse sentido, surgem diversas interpretações possíveis sobre a fixação do termo *a quo* para o ajuizamento dessa ação autônoma. A primeira delas refere-se ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que defende a existência de um único prazo para a ação rescisória, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Para o STJ²⁸, não se poderia admitir o trânsito em julgado das decisões parciais e dos capítulos autônomos em momentos diferentes, tendo em vista que este trânsito somente se realizaria no instante em que nenhuma decisão fosse passível de recurso, de forma que a coisa julgada não poderia ser fracionada, mesmo que as decisões parciais e os capítulos tenham se tornado irrecuráveis em momento pretérito.

É esse o entendimento consolidado pelo tribunal²⁹ por meio da Súmula 401, editada na vigência do CPC de 1973, que afirma que “o prazo decadencial da rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Da interpretação desse enunciado sumular verifica-se não ser possível a propositura de ações rescisórias contra capítulos autônomos de uma mesma decisão em momentos distintos, uma vez que a coisa julgada não se formaria em parcelas. Com isto, o STJ³⁰ pretende evitar o suposto tumulto processual causado pela inconveniência de vários trânsitos em julgado no mesmo processo e a consequente pluralidade de ações rescisórias.

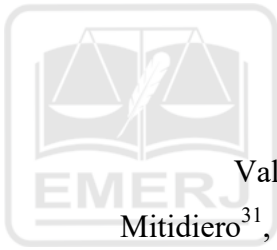
²⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 19.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 10.

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 736.650*. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500478746&dt_publicacao=01/09/2014>. Acesso em: 15 jun. 2020.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 6.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 28.



Vale ressaltar que essa era a posição inicialmente adotada por Marinoni, Arenhart e Mitidiero³¹, que sustentavam que o CPC de 2015 teria acolhido a Súmula 401 do STJ, de forma que o prazo para propositura da ação rescisória é de dois anos, contado a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, o que implicaria dizer que o trânsito em julgado ocorre em um único momento e, ainda, que o CPC de 2015 expressamente teria rejeitado a possibilidade de formação da coisa julgada em capítulos.

Há ainda o entendimento de que, embora seja possível a formação da coisa julgada parcial, o termo inicial da contagem do prazo de dois anos para a ação rescisória seria a última decisão proferida no processo, sendo possível a propositura de apenas uma rescisória por processo, independente do trânsito em julgado parcial. Dessa forma, o prazo para o ajuizamento seria uno, sendo indiferente a existência de recurso parcial, com o consequente trânsito em julgado da parte não recorrida³².

Entretanto, as interpretações supramencionadas não encontram respaldo no ordenamento jurídico vigente. Em primeiro lugar, o fato de se possibilitar a formação de coisa julgada parcial, mas impor prazo único para ajuizamento da rescisória violaria a intangibilidade da coisa julgada, padecendo a Súmula 401 do STJ de flagrante inconstitucionalidade, tendo em vista que afronta a garantia da coisa julgada, abarcada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal³³ e, conseqüentemente, a segurança jurídica³⁴.

Em segundo lugar, caso tal entendimento prevalecesse, o prazo para a ação rescisória contra a coisa julgada parcial seria indeterminado, pois seu início sempre dependeria do encerramento do processo, de forma que, enquanto o processo não terminasse, não seria cabível a propositura de rescisória parcial. Didier³⁵ disciplina que a restrição indevida ao uso desta ação autônoma violaria o direito de acesso à justiça e a segurança jurídica, uma vez que decisões transitadas em julgado só poderiam ser rescindidas muito tempo depois, prejudicando situações consolidadas há bastante tempo.

Em terceiro lugar, verifica-se que o entendimento do STJ e de parte da doutrina, tais como Marinoni, Arenhart e Mitidiero³⁶, não está de acordo com o Código interpretado de

³¹MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.051.

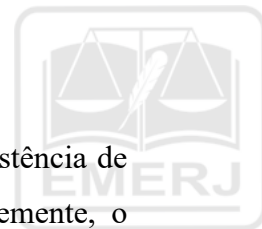
³²MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.319-1.320.

³³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

³⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. A ação rescisória no novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 23, n° 90, p. 304, abr./jun. 2015.

³⁵DIDIER JR., op. cit., 2015, p. 529.

³⁶MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, op. cit., 2017, p. 1.051.



forma sistemática, já que desconsidera a autonomia dos capítulos da decisão, a existência de decisões parciais de mérito, a possibilidade de recursos parciais, e, conseqüentemente, o trânsito em julgado parcial. Segundo Oliveira³⁷, o entendimento do STJ não se mostra adequado, uma vez que viola o ordenamento jurídico ao excluir a aptidão de recursos parciais acarretarem a ocorrência de momentos diferentes para o trânsito em julgado, bem como ignorar a possibilidade de serem diversos os momentos para ajuizamento das ações rescisórias referentes a cada coisa julgada.

Por fim, Marinoni e Mitidiero³⁸ atualmente refutam tal entendimento ao sustentar que, se a execução da coisa julgada parcial é definitiva, mas o termo inicial para sua rescisão não coincide com o momento do trânsito em julgado, surgirá uma situação peculiar para cada parte. No que se refere ao beneficiário, a decisão poderá ser executada definitivamente. Já no caso do prejudicado, ele terá de aguardar uma quantidade de tempo incerto para que possa rescindi-la, o que geraria uma evidente ofensa ao acesso à justiça e à isonomia. Tem-se, assim, que não parece adequada a corrente defendida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Outra corrente acerca da fixação do termo inicial para propositura de ação rescisória situa-se no plano intermediário, uma vez que sustenta que o termo *a quo* pode variar, mas o termo final não.

Para esse entendimento, capitaneado por Neves³⁹, não haveria a fixação de termo inicial para o ajuizamento da aludida ação autônoma, mas tão somente o seu termo final, o que implicaria dizer que, havendo o trânsito em julgado de capítulo autônomo ou de decisão parcial de mérito, a parte poderia imediatamente ingressar com ação rescisória, sendo que o termo final para o exercício deste direito seria o prazo de dois anos previsto no CPC/2015, contado após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

No mesmo sentido, defende Barioni⁴⁰ que essa interpretação permitiria o ajuizamento de ação rescisória em face do capítulo autônomo ou da decisão parcial logo depois do seu trânsito em julgado, estendendo-se excepcionalmente o termo final para a sua interposição, já

³⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota. A formação progressiva da coisa julgada material e o prazo para ajuizamento da ação rescisória: contradição do novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie et al. (Coord). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Coleção Novo CPC: doutrina selecionada. 2. ed. V. 6. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 152.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação Rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 270.

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.591.

⁴⁰ BARIONI, Rodrigo. Da ação rescisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.419.



que se poderia ajuizar a rescisória em até dois anos após o trânsito em julgado da decisão final realizada.

No entanto, a adoção do entendimento acima exposto também se afigura equivocada, já que prorroga indefinidamente o prazo para o ajuizamento da rescisória, uma vez que o termo final para a propositura ficaria à espera do trânsito em julgado da última decisão do processo, possibilitando que determinada decisão parcial ou capítulo autônomo transitado em julgado previamente ficasse sujeito à rescisão por tempo absolutamente indeterminado, fato esse que geraria gravíssima insegurança jurídica, razão pela qual também não se deve acolher tal entendimento⁴¹.

3. PREVALÊNCIA DA CONTAGEM AUTÔNOMA DOS PRAZOS: UMA TENDÊNCIA?

Sob a égide do CPC de 1973, Barbosa Moreira⁴² já ensinava que em um mesmo processo poderiam suceder-se duas ou mais resoluções de mérito, prolatadas por órgãos diferentes. Segundo o eminente jurista, todas essas decisões transitavam em julgado ao se tornarem imutáveis e eram capazes de produzir coisa julgada material, independentemente do juízo em que fossem emitidas. Nesse sentido, se em relação a mais de uma delas se configurar motivo legalmente previsto de rescindibilidade, para cada qual seria possível a propositura de ação rescisória individualizada. Para Barbosa Moreira⁴³, portanto, o prazo de decadência teria de ser computado caso a caso, a contar do trânsito em julgado de cada decisão.

Uma interpretação sistemática do Código de Processo Civil de 2015⁴⁴ permite a constatação de que é possível a formação da coisa julgada parcial e, por conseguinte, de propositura de ação rescisória para desconstituí-la. Talamini⁴⁵, por sua vez, preceitua também que os capítulos de uma mesma decisão poderão transitar em julgado e formar a coisa julgada em momentos diversos, a depender do julgamento de cada recurso parcial.

Nesse contexto, o que se defende é que para cada coisa julgada formada ao longo da demanda passe a existir um prazo individualizado para a propositura da ação rescisória. Desse modo, passa a ser cabível o ajuizamento de ações rescisórias diversas e em momentos

⁴¹PEIXOTO, Ravi. Ação rescisória e capítulos de sentenças: a análise de uma relação conturbada a partir do CPC/2015. In: DIDIER JR, Fredie et al. (Coord). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Coleção Novo CPC: doutrina selecionada. 2. ed. V. 6. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 233.

⁴²MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. V. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 174.

⁴³Ibid.

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 10.

⁴⁵TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 132.



distintos, em face das diversas coisas julgadas que podem surgir dentro de um mesmo processo.

Ato contínuo, o termo inicial do prazo para a propositura de ação rescisória em face da decisão parcial ou do capítulo autônomo deve ser o momento do trânsito em julgado daquela decisão ou capítulo, sendo que para cada decisão ou capítulo protegido pela coisa julgada fluiria um prazo de ação rescisória⁴⁶.

Assim sendo, tem-se que a decisão parcial de mérito ou o capítulo autônomo não impugnado transita em julgado e produz coisa julgada, mesmo que parcial, de forma que o termo inicial para a rescisória não pode ser o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, como sugere o art. 975 do CPC⁴⁷ de 2015, mas sim o instante em que a decisão ou parcela dela não foi objeto de recurso, sob pena de violar-se a intangibilidade da coisa julgada e o direito de acesso à justiça, conforme se extrai das lições de Theodoro Jr.⁴⁸:

[...] malgrado a regra do NCPC (art. 975) que pretendeu unificar o prazo de rescisão de todas as decisões de mérito de um mesmo processo, a ação rescisória continuará cabível individualmente para cada capítulo independente de resolução do mérito da causa, correndo o prazo de ajuizamento das diversas ações a partir do momento em que cada uma das decisões parciais autônomas houver passado em julgado, e não depois do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo [...].

De fato, o CPC⁴⁹ fixa somente o prazo máximo para o ajuizamento da rescisória, sendo silente quanto ao seu início. Nesse viés, Bueno⁵⁰ afirma que, nos casos em que há julgamento parcial do mérito, abre-se prazo para ajuizamento de rescisória tão logo a decisão transite materialmente em julgado, não havendo motivo para aguardar o encerramento do processo e o trânsito em julgado da sentença final.

Logo, o prazo de dois anos para propositura da rescisória deve ser contado a partir do trânsito em julgado de cada decisão parcial ou capítulo autônomo, ou seja, após a última decisão sobre aquela questão que se tornou indiscutível pela coisa julgada⁵¹. Nas palavras de Peixoto⁵²:

[...] o CPC/2015 admite de forma expressa o trânsito em julgado parcial. Haveria uma contradição entre a admissão da coisa julgada parcial e, ao mesmo tempo, da contagem única para o ajuizamento da ação rescisória. A admissão desse posicionamento restritivo faria surgir um problema sem solução no caso de haver determinado capítulo não impugnado que se encaixa em uma das hipóteses de

⁴⁶PEIXOTO, op. cit., p. 235.

⁴⁷BRASIL, op. cit., nota 10.

⁴⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.598.

⁴⁹BRASIL, op. cit., nota 10.

⁵⁰BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 577.

⁵¹DIDIER JR., op. cit., 2016, p. 462.

⁵²PEIXOTO, op. cit., p. 233/234.



rescisão elencadas no art. 966 do CPC/2015. Por conta disso, a interpretação adequada a ser concedida a esse texto normativo deve ser no sentido de que ele faz referência à última decisão proferida em cada capítulo que não possua qualquer relação de dependência com outro, ou seja, à decisão que substituiu por último cada capítulo.

Portanto, o prazo para rescisão começa do trânsito em julgado de cada decisão parcial ou capítulo autônomo, pouco importado o momento de ocorrência do trânsito em julgado da última decisão do processo, sendo possível inferir que existem vários prazos autônomos para a rescisão das coisas julgadas parciais. Essa parece ser a solução que mais se coaduna com os princípios da segurança jurídica e da duração razoável do processo.

É por essa linha de raciocínio que Talamini e Wambier⁵³ afirmam que o prazo para propositura da rescisória é de dois anos a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda, ressalvados os casos em que parte da sentença transita em julgado em momento pretérito, hipótese em que correrão em apartado os prazos para rescisão das diversas partes da sentença, de modo que, havendo o trânsito em julgado em capítulos, a parte tem de atentar para a data em que transita em julgado cada um deles.

Dessa forma, quando o trânsito em julgado das decisões de mérito proferidas em um mesmo processo ocorrer em momentos diferentes, o prazo para propositura da rescisória terá início a partir do respectivo trânsito em julgado, isto é, o termo inicial será variável⁵⁴. Destarte, há a possibilidade de se propor imediatamente após o trânsito em julgado da decisão parcial ou do capítulo autônomo a ação rescisória parcial, de maneira que para cada coisa julgada formada no processo passa a correr um prazo para a rescisória, sendo possível o ajuizamento de diversas ações rescisórias, em ocasiões diferentes, em um mesmo processo.

Ademais, a interpretação aqui salientada, no sentido de ser possível o trânsito em julgado de capítulos da mesma decisão em momentos distintos e, conseqüentemente, a propositura de ação rescisória contra capítulos autônomos da decisão, há bastante tempo é contemplada pelo Tribunal Superior do Trabalho⁵⁵, no Enunciado nº 100, II da Súmula do tribunal. De igual modo, o Supremo Tribunal Federal⁵⁶, no julgamento do RE 666.589, proferiu decisão nesse sentido, permitindo a formação da coisa julgada parcial e a contagem autônoma do prazo para a propositura da rescisória, conforme trecho abaixo que se extrai do acórdão em questão⁵⁷:

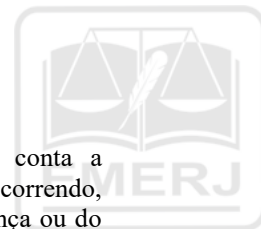
⁵³WAMBIER, op. cit., 2016, p. 843.

⁵⁴OLIVIANI, José Alexandre Manzano. *Sentença no novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 119-124.

⁵⁵BRASIL, op. cit., nota 16.

⁵⁶BRASIL, op. cit., nota 18.

⁵⁷Ibid.



[...] disso tudo decorre outra consequência lógica, agora tendo em conta a propositura de rescisória e o prazo para tanto, objeto deste extraordinário: ocorrendo, em datas diversas, o trânsito em julgado de capítulos autônomos da sentença ou do acórdão, tem-se, segundo Barbosa Moreira, a viabilidade de rescisórias distintas, com fundamentos próprios [...].

O art. 4º do CPC de 2015, em consonância com o art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88, disciplina que as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução do processo. Nesse sentido, a posição aqui defendida corrobora para a tendência adotada pelo moderno processo civil, primordialmente voltado à tutela dos direitos de forma adequada, efetiva e, principalmente, célere, uma vez que assegura o direito à duração razoável do processo e sem dilações desnecessárias, promovendo a correta distribuição do ônus temporal no processo e contribuindo para a segurança jurídica nas suas mais variadas acepções, consoante elucida Marinoni⁵⁸:

[...] o direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda, a segurança jurídica determina não só segurança no processo, mas também segurança pelo processo. Nessa linha, o direito fundamental à segurança jurídica processual exige respeito: (i) à preclusão; (ii) à coisa julgada; (iii) à forma processual em geral; e (iv) ao precedente judicial [...].

Assim, deve ser refutado qualquer entendimento no sentido de unidade absoluta do termo inicial para o ajuizamento da ação rescisória, possibilitando-se a propositura de ações rescisórias contra decisões parciais de mérito ou capítulos autônomos da decisão em ocasiões distintas, ou seja, a partir do trânsito em julgado de cada decisão parcial ou capítulo, o que pode ocorrer em momentos diferentes⁵⁹.

Esse é o entendimento que garante a intangibilidade da coisa julgada e evita a dilação indevida da prestação jurisdicional, devendo prevalecer ante o entendimento consolidado da Súmula 401 do STJ⁶⁰, quanto ao fato de não serem permitidos prazos diferenciados, sucessivos, na medida em que decisões forem transitando em julgado ao longo do processo.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa visou a discutir o termo inicial que deve ser fixado para a propositura da ação rescisória em face de decisões antecipadas parciais de mérito, diante do

⁵⁸MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 515.

⁵⁹GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Novo código de processo civil: Lei nº 13.105/2015: Principais modificações*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 201.

⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 6.



cenário de insegurança jurídica decorrente da previsão legal e entendimento jurisprudencial hoje existentes no que se refere ao prazo para ajuizamento da rescisória se iniciar do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

A coisa julgada é o atributo que torna indiscutível e imutável as decisões judiciais, assegurando estabilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados. O CPC de 2015 permite a prolação de decisões parciais de mérito e admite a existência de capítulos autônomos da decisão, o que pode dar azo à formação da coisa julgada parcial.

Desse modo, ficou evidenciado que em um mesmo processo podem ser formadas, em momentos distintos, diferentes coisas julgadas, na medida em que as decisões parciais de mérito e os capítulos autônomos da decisão transitem em julgado, de forma que poderão ser propostas diversas ações rescisórias para desconstituir tais decisões, caso estejam com vícios.

Logo, à luz do CPC de 2015, tem-se que a coisa julgada pode ser formada de maneira parcelada, afigurando-se possível o trânsito em julgado de decisões parciais ou de capítulos autônomos das decisões em instantes diferentes, o que autoriza o ajuizamento de ações rescisórias distintas, de forma que o termo inicial para a propositura de cada uma das ações autônomas será a data do trânsito em julgado de cada decisão prolatada, extinguindo-se o direito à rescisão após decorridos dois anos.

Portanto, a controvérsia sobre a fixação do termo inicial para propositura da ação rescisória pode ser resolvida por meio da contagem autônoma dos prazos para ajuizamento de cada rescisória, a contar do trânsito em julgado da decisão antecipada parcial de mérito. Assim, prestigia-se tanto a intangibilidade da coisa julgada quanto a duração razoável processual, assegurando a correta distribuição do ônus do tempo no processo e sanando a insegurança jurídica existente, o que possibilita uma tutela de direitos adequada, justa, efetiva e tempestiva.

REFERÊNCIAS

BARIONI, Rodrigo. Da ação rescisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2020.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp n° 911.125*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201600903123&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg na AR 3799 RN*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701799978&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EResp n° 639.233*. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400070008&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 415.586*. Relator: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200200183879&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 736.650*. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500478746&dt_publicacao=01/09/2014>. Acesso em: 12 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 401*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas2013_37_capSumula401.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 666.589*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4180184>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 354*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2630>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 100*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-100>. Acesso em: 16 abr. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. V.1. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. V.2. Salvador: Juspodivm, 2015.



DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Novo código de processo civil: Lei nº 13.105/2015: Principais modificações*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação Rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. V. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 174.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota. A formação progressiva da coisa julgada material e o prazo para ajuizamento da ação rescisória: contradição do novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie et al. (Coord). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Coleção Novo CPC: doutrina selecionada. 2. ed. V. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVIANI, José Alexandre Manzano. *Sentença no novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEIXOTO, Ravi. Ação rescisória e capítulos de sentenças: a análise de uma relação conturbada a partir do CPC/2015. In: DIDIER JR, Fredie et al. (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Coleção Novo CPC: doutrina selecionada. 2. ed. V. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A ação rescisória no novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 23, nº 90, abr./jun. 2015.

_____. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO COMO UMA ESPÉCIE DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

João Felipe Rocha Pereira Queiroz
Conceição

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro
(UERJ). Advogado.

Resumo – com o surgimento do Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé objetiva assumiu uma posição de protagonismo no âmbito das relações obrigacionais. Por conseguinte, o descumprimento dos chamados deveres anexos ao contrato é tido como uma modalidade de inadimplemento, por não se enquadrar perfeitamente na clássica distinção entre inadimplemento absoluto e mora. Assim, o objetivo desse artigo científico é discutir se a violação positiva do contrato pode ser tida como uma espécie autônoma de inadimplemento contratual, a partir de uma visão mais moderna e ampliada do conceito de inadimplemento.

Palavras-chave – Direito Civil. Boa-fé objetiva. Inadimplemento. Obrigações. Contratos.

Sumário – Introdução. 1. Da superação do *pacta sunt servanda* ao protagonismo da boa-fé objetiva. 2. A clássica distinção entre o inadimplemento absoluto e a mora. 3. A violação positiva do contrato: uma terceira espécie de inadimplemento? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo discutir a violação positiva do contrato como uma espécie de inadimplemento contratual. Com o advento do Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé objetiva adquiriu grande importância no âmbito das relações obrigacionais. Isso porque valores como a eticidade e a probidade assumiram suma relevância de modo a dar maior efetividade a valores constitucionais nas relações privadas.

Nesse contexto, a criação dos chamados deveres anexos ao contrato, tais como: a informação, a probidade e a cooperação, fez-se necessária para atender a complexidade das relações contratuais. Passou-se, então, da era do consensualismo e do individualismo para a era da eticidade e da boa-fé objetiva, sem que isso signifique, contudo, um desrespeito à vontade das partes.

Desta feita, discute-se na doutrina se a violação positiva do contrato caracterizaria uma nova espécie de inadimplemento contratual, ao passo que a clássica distinção entre inadimplemento absoluto e mora não seria mais suficiente



para solucionar os dilemas decorrentes do descumprimento dos deveres anexos ao contrato.

De fato, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência a referida teoria tem ganhado espaço. E isso é constatado, por exemplo, a partir da elaboração de enunciados nas Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que reconhecem a sua existência, assim como em julgados de diversos Tribunais de Justiça que já a aplicam na prática.

Portanto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando que, com a promulgação do Código Civil de 2002, houve a superação do *pacta sunt servanda* como um dogma absoluto, à medida que princípios que eram tidos como secundários ganharam maior prevalência nas relações privadas.

Em seguida, discute-se, no segundo capítulo, se a violação positiva do contrato pode ou não ser explicada a partir da conhecida distinção entre inadimplemento absoluto e mora. Isso porque essa clássica dicotomia não é mais bastante para resolver todos os impasses decorrentes das relações obrigacionais.

Por fim, demonstra-se, no terceiro capítulo, como a chamada violação positiva do contrato pode ser classificada como uma espécie autônoma de inadimplemento contratual, dada a maior relevância conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao princípio da boa-fé objetiva.

Para tanto, o ponto de partida desse trabalho é a pesquisa bibliográfica, uma vez que tal método permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto debatido. Logo, a abordagem do objeto de pesquisa é necessariamente qualitativa e, por conseguinte, para a elaboração deste artigo, foram analisadas diversas fontes expostas ao final do trabalho.

Além de textos doutrinários e da própria legislação, analisa-se precedentes jurisprudenciais tanto dos Tribunais de Justiça como dos Tribunais Superiores. Além disso, busca-se comprovar a tese defendida e desconstruir, argumentativamente, as teses contrárias, a partir do método hipotético-dedutivo, ou seja, a partir da conjugação de proposições hipotéticas que se acredita serem adequadas para analisar o tema.

1. DA SUPERAÇÃO DO *PACTA SUNT SERVANDA* AO PROTAGONISMO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Com a promulgação do Código Civil de 2002, houve a superação do consensualismo e do individualismo como princípios norteadores das relações obrigacionais. E isso se deve ao maior protagonismo assumido pelo princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, ao longo do século XX, deixou de ser absoluta a visão de contrato como um instituto limitado apenas ao interesse das partes, tendo em vista a influência de uma concepção mais solidária e comprometida com a realização de valores sociais no direito civil¹.

Todavia, não há que se conjecturar a total desconsideração de princípios como a liberdade contratual ou a força obrigatória dos contratos, uma vez que estes permanecem, ainda, aplicáveis no âmbito das relações privadas². Contudo, embora estes ainda sejam incidentes nas relações contratuais, a boa-fé objetiva, assim como a função social dos contratos, tendem a mitigar a sua aplicação antes irrestrita.

De fato, sob a égide do Código Civil de 1916, a boa-fé era analisada apenas sob a perspectiva subjetiva³ e vigorava o princípio do *pacta sunt servanda* como uma regra soberana. Assim, somente com o advento da Lei nº 10.406/2002, valores como a eticidade e a probidade passaram a assumir suma relevância nas relações contratuais paritárias. Isso porque, embora a boa-fé, na sua acepção objetiva, já existisse no direito brasileiro antes de 11 de janeiro de 2003, esta era aplicada apenas na seara do direito consumerista.

Efetivamente, a boa-fé objetiva surge no cenário nacional no Código de Defesa do Consumidor⁴, não obstante a jurisprudência já estendesse a sua aplicação às

¹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book], p. 597.

² Nesse sentido, também afirma Tartuce que: “a par de tudo isso, não é possível também sustentar que o princípio da força obrigatória do contrato foi definitivamente extinto pela codificação emergente. Isso porque tal conclusão afasta o mínimo de segurança e certeza que se espera do ordenamento jurídico, principalmente a segurança no Direito, ícone também importante, como a própria justiça, objetivo maior buscado pelo Direito e pela ciência que o estuda”. TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, [e-book], p. 907.

³ A doutrina diferencia boa-fé objetiva de boa-fé subjetiva. Ao passo que esta pode ser definida como um estado psicológico de ignorância acerca de certos vícios, em contraposição à má-fé, aquela é caracterizada como uma regra de conduta baseada na honestidade, na probidade e na lisura.

⁴ Elucida Tepedino que: “o Código Comercial brasileiro, de 1850, já havia feito, em seu artigo 131, referência à boa-fé como critério interpretativo dos contratos comerciais. O dispositivo, contudo, teve aplicação insignificante e a acepção ali atribuída ao princípio da boa-fé, além de fundada em preocupações distintas, é muito mais restrita que aquela que, hoje, se confere à boa-fé objetiva”. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do*



relações contratuais em que se constatasse a vulnerabilidade de alguma das partes envolvidas. Contudo, segundo Tepedino⁵, eram extremamente excepcionais os casos de incidência do referido instituto nas relações não consumeristas. Isso porque, nas palavras do referido autor⁶, os Tribunais de Justiça aplicavam a boa-fé objetiva como um princípio reequilibrador e de grande caráter protetivo e, por conseguinte, resistiam em estender sua incidência às relações contratuais em que não se verificasse, explicitamente, uma parte vulnerável a ser tutelada.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 andou bem ao positivar o princípio da boa-fé objetiva como também incidente nas relações contratuais comuns, ou seja, nas relações sem qualquer vulnerabilidade presumida ou demonstrada⁷. Isso fica claro em seu artigo 422⁸, segundo o qual, todos os contratantes devem agir com probidade e boa-fé, seja na conclusão, seja na execução do contrato. Portanto, pode-se dizer que o referido diploma legal visa instituir uma cláusula de lealdade e colaboração nas relações privadas.

A partir desta noção de lealdade e colaboração, a doutrina institui a boa-fé objetiva como a fonte criadora dos chamados deveres anexos ou laterais ao contrato⁹. Deveres estes que são ínsitos a qualquer contrato e que são impostos às partes mesmo sem previsão contratual específica. Embora seja impossível enumerar todos esses relevantes deveres, pode-se citar alguns deles, tais como: o dever de informação e esclarecimento; o dever de confidencialidade; o dever de cooperação; o dever de agir com honestidade e probidade; entre outros.

Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-30.

⁵ Ibid., p. 33.

⁶ Ibid., p. 34.

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 mar. 2020.

⁹ Frise-se que, em tempos de pandemia de Covid-19, vem à tona o tema acerca do dever de renegociar, que pode ser classificado também como um dever anexo ao contrato. E, nesse sentido, afirma Schreiber que: “de fato, a boa-fé objetiva (...) impõe a cooperação e a colaboração entre as partes em prol do escopo comum. O dever de renegociar exsurge, assim, como um dever anexo ou lateral de comunicar a outra parte prontamente acerca de um fato significativo na vida do contrato – seu excessivo desequilíbrio – e de empreender esforços para superá-lo por meio da revisão extrajudicial. Como dever anexo, o dever de renegociar integra o objeto do contrato independentemente de expressa previsão das partes. Note-se que o dever de renegociar não configura um dever de alcançar certo resultado ou de aceitar as novas condições propostas pelo contratante desfavorecido pelo desequilíbrio; não se trata de um dever de revisar o contrato extrajudicialmente, mas simplesmente de ingressar em renegociação, informando prontamente o fato que a enseja e formulando um pleito de revisão do contrato, ou analisando, com seriedade, o pleito apresentado pelo outro contratante e dando-lhe uma resposta [...]”. SCHREIBER, op. cit., p. 719.

Desta feita, os ditos deveres anexos assumiram grande importância nas relações contratuais como forma de disseminação da confiança para a boa condução dos negócios jurídicos. Por isso, o seu mero descumprimento poderá acarretar até mesmo a responsabilização civil do infrator, independentemente de culpa, o que se alinhou na doutrina como violação positiva do contrato, tema esse que será mais bem abordado no terceiro capítulo deste artigo.

Não obstante a benéfica contribuição da boa-fé objetiva para as relações contratuais paritárias, essa pode ser perigosa se aplicada indiscriminadamente. Por isso, de acordo com Gustavo Tepedino¹⁰, deve-se reprimir a invocação aleatória da boa-fé objetiva como referência ética genérica. E a fim de delimitar com maior certeza a aplicabilidade do referido instituto, coube à doutrina a definição de suas funções e seus limites, já que a legislação civil não trouxe parâmetros específicos sobre o conteúdo da cláusula geral de boa-fé.

Classicamente, a doutrina brasileira faz menção à tríplice função da boa-fé objetiva, quais sejam: (i) a função interpretativa; (ii) a função limitativa; e (iii) a função integrativa. A primeira função está intrinsecamente ligada ao critério hermenêutico consagrado no artigo 113 do Código Civil¹¹, segundo o qual, os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Ou seja, a interpretação dos contratos deve priorizar a honestidade, sem prejudicar ou favorecer qualquer uma das partes em detrimento da outra.

Já a segunda função está relacionada à restrição do exercício abusivo de direitos contratuais, conduta essa que se visa reprimir e que pode acarretar a responsabilização civil. Tal função é enunciada pelo Código Civil em seu artigo 187¹², ao caracterizar como abuso de direito a conduta de um indivíduo que, ao exercer um direito seu, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

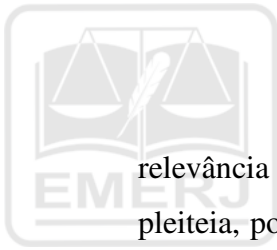
Por fim, no que tange à terceira função da boa-fé objetiva, essa é caracterizada como a já mencionada fonte criadora de deveres anexos ao contrato. Frise-se, ademais, que é a partir do artigo 422 do Código Civil¹³, que se busca a legitimação da cláusula geral de boa-fé como incidente em todas as fases negociais. Tamanha é a

¹⁰ TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 34-35.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.



relevância desse tema que ele é objeto de diversas discussões judiciais¹⁴, na qual se pleiteia, por exemplo, a indenização por danos materiais e morais pela inobservância dos deveres laterais ao contrato.

Torna-se, ainda, necessário identificar os limites da boa-fé objetiva, a fim de que não se autorize a sua aplicação de forma irrestrita ou como uma simples cláusula genérica. Ao contrário do que se poderia imaginar a primeira vista, a discussão acerca dos seus limites, segundo Tepedino¹⁵, ao invés de restringir, amplia a aplicação da boa-fé objetiva, na medida em que a torna mais eficaz. A busca desses limites tem início e fim no seu próprio conceito, uma vez que é a própria função sócio-econômica do contrato que deve ser tida como limite de aplicação da boa-fé objetiva¹⁶.

Nesse diapasão, complementa ainda o ilustre civilista¹⁷ que o que o ordenamento jurídico visa é assegurar que as partes envolvidas colaborem mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato. Todavia, não há que se falar na exigência de que um contratante colabore com o interesse individual da contraparte, uma vez que, muito comumente, esses interesses são opostos. O que se busca, portanto, é a persecução dos interesses comuns de forma ética e proba, segundo os ditames da função sócio-econômica do negócio celebrado¹⁸.

Em suma, observa-se que é de grande importância o estudo das funções e dos limites da boa-fé objetiva, uma vez que essa, no contexto jurídico atual, é um instituto que incide em todas as relações contratuais paritárias. Não se deve olvidar também que os deveres anexos ao contrato são ínsitos a qualquer negócio jurídico, podendo

¹⁴ Nesse sentido, veja-se o relevante julgado: “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. (...) FUNÇÃO INTEGRATIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE INFORMAÇÃO E LEALDADE. INADIMPLEMENTO. (...) 4. A relação obrigacional não se exaure na vontade expressamente manifestada pelas partes, porque, implicitamente, estão elas sujeitas ao cumprimento de outros deveres de conduta, que independem de suas vontades e que decorrem da função integrativa da boa-fé objetiva. 5. Se à liberdade contratual, integrada pela boa-fé objetiva, acrescentam-se ao contrato deveres anexos, que condicionam a atuação dos contratantes, a inobservância desses deveres pode implicar o inadimplemento contratual. [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1655139/DF*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78474695&num_registro=201500936304&data=20171207&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mai. 2020.

¹⁵ TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 37-38.

¹⁶ *Ibid.*, p. 38.

¹⁷ *Ibid.*, p. 39.

¹⁸ Nesse sentido, afirma Tartuce que: “[...] o contrato não pode ser mais visto como uma bolha, que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda. Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não somente é a segurança jurídica, mas sim atender aos interesses da pessoa humana”. TARTUCE, op. cit., p. 886.

até mesmo gerar responsabilização civil, se descumpridos. Pode-se, pois, concluir que se deixou para trás a era do individualismo para se vivenciar a era da eticidade e da cooperação, à medida que a boa-fé objetiva ganha cada vez mais espaço e prestígio no direito contratual brasileiro.

2. A CLÁSSICA DISTINÇÃO ENTRE O INADIMPLEMENTO ABSOLUTO E A MORA

Grande parte da doutrina brasileira¹⁹ ainda adota a noção simples e estática de relação obrigacional para analisar a teoria do inadimplemento. Para esta parcela da doutrina, a obrigação é tida como um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito da outra. Ou seja, a partir desta visão clássica, a obrigação se esgota nos deveres de prestar e de exigir a prestação, isto é, no mero vínculo de débito e crédito²⁰.

Não obstante essa secular lição seja extremamente difundida no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que, hoje, a referida noção de relação obrigacional não mais se sustenta. Isso porque, ao lado dos deveres principais de prestação, surgem os chamados deveres laterais ao contrato como também incidentes em todas as relações obrigacionais. Desta feita, a doutrina moderna²¹ considera a relação obrigacional como uma relação complexa, que deve ser analisada como um processo direcionado para o seu adimplemento, a fim de satisfazer satisfatoriamente ambas as partes envolvidas²².

Com base na noção estática de relação obrigacional, a doutrina clássica, tal como Orlando Gomes e Clóvis Beviláqua, subdividia o gênero inadimplemento em duas espécies, quais sejam: o inadimplemento absoluto e a mora. E, portanto, esta não fazia qualquer menção a uma eventual terceira modalidade. Com efeito, distingui-se o inadimplemento absoluto da mora, ao passo que, no primeiro, a obrigação deixa de ser cumprida definitivamente, enquanto, que na segunda, a obrigação pode ainda ser cumprida mesmo que tardiamente.

¹⁹ Tal como Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro e Clóvis Beviláqua lecionam.

²⁰ SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos. In: TEPEDINO, op. cit., p. 457-458.

²¹ Nesse sentido, pode-se citar Judith Martins-Costa e Aline de Miranda Valverde Terra.

²² SAVI, op. cit., p. 458.



Segundo os ensinamentos do mestre Caio Mário²³, o inadimplemento é a falta da prestação devida. Assim, o inadimplemento será absoluto²⁴ quando o credor não receber aquilo a que o devedor se obrigou, seja a entrega de uma coisa, seja a realização de um fazer, seja até mesmo a abstenção de uma conduta, e, por conseguinte, não existir mais a possibilidade ou interesse de que seja executada a prestação²⁵.

Já no que tange à mora, também denominada de inadimplemento relativo, esta se configura quando o devedor não cumpriu oportunamente a obrigação, existindo, todavia, a possibilidade de que ainda venha a fazê-lo de forma útil para o credor. Tal fato é o que a difere do inadimplemento absoluto. Não obstante os dois institutos sejam espécies do gênero inadimplemento das obrigações, eles se distinguem quanto à existência ou não de utilidade ou proveito ao credor. Existindo, o caso será de mora; não existindo, será caso de inadimplemento absoluto²⁶.

Contudo, cumpre destacar que a referida perda do interesse na prestação deve ser analisada objetivamente. Ou seja, deve-se examinar se a perda de interesse corresponde à realidade dos fatos. E, nessa linha, também segue o Enunciado nº 162 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal²⁷, senão veja-se: “a inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”.

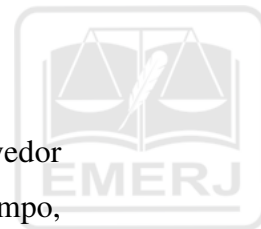
²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25. ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 305.

²⁴ Nesse diapasão, enuncia Tepedino que: “diz-se total o inadimplemento quando a obrigação é inteiramente descumprida, enquanto o inadimplemento parcial tem lugar quando a prestação é entregue apenas em parte. Não se confundem o inadimplemento absoluto com o total, nem o parcial com o relativo, este equivalente à mora. Tanto o inadimplemento absoluto quanto a mora podem ser total ou parcial”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2. ed. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 697.

²⁵ A fim de ilustrar tais situações, elucida Sérgio Savi que: “como exemplo da primeira hipótese pode-se citar o caso de uma pessoa que se comprometeu a entregar um determinado cavalo de raça em data futura, mas que se viu impossibilitada de cumprir a obrigação em virtude da ocorrência de um incêndio no estábulo que causou a morte do animal. Neste exemplo, o objeto da prestação perece e, assim, a prestação não poderá ser cumprida definitivamente. Já em relação ao inadimplemento absoluto da obrigação decorrente da falta de interesse do credor em receber tardiamente a prestação ainda possível, pode-se citar o exemplo da debutante que contrata um coral para cantar em sua festa de quinze anos. O coral não aparece para a apresentação no dia da festa. O cumprimento daquela obrigação ainda seria possível, tendo em vista que o coral poderia se apresentar em outra data. Contudo, por motivos óbvios, a debutante não terá interesse em receber a prestação tardiamente, configurando, assim, hipótese de inadimplemento absoluto”. SAVI, op. cit., p. 462.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 8. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 379.

²⁷ BRASIL. III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 162*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/283>>. Acesso em: 31 ago. 2020.



Ademais, segundo o artigo 394 do Código Civil²⁸, estará em mora o devedor que não efetuar o pagamento, bem como o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. Por isso, no ordenamento jurídico brasileiro o conceito de mora não se limita exclusivamente à demora no adimplemento da obrigação. Isso porque o referido dispositivo legal se refere não só ao tempo, mas também ao lugar e à forma estabelecidos por lei ou convenção entabulada entre as partes.

Frise-se, ainda, que o conceito de mora deve ser complementado a partir do artigo 396 do Código Civil²⁹, segundo o qual, para a caracterização da mora do devedor, o inadimplemento deve ser culposo. Todavia, tal fato não é exigido para a configuração da mora do credor³⁰.

A par da referida conceituação, de acordo com Gustavo Tepedino³¹, o Código Civil parece ter incorrido em certa imprecisão técnica, ao estender sobremaneira o conceito de mora. Não obstante as partes contratantes respondam também por eventuais infrações atinentes ao lugar e ao modo de cumprimento da obrigação, tecnicamente isso não configuraria mora. Esse cumprimento defeituoso, na verdade, caracterizaria a chamada violação positiva do contrato, em consonância com a doutrina mais moderna³².

Ademais, ao se levar em consideração ainda os deveres anexos criados pela boa-fé objetiva como integrantes de todas as relações obrigacionais, amplia-se não somente o conceito de adimplemento, mas também o de inadimplemento. Isso porque o inadimplemento poderá ser acarretado até mesmo pelo descumprimento dos mencionados deveres laterais ao contrato, e não mais apenas pela mera inexecução da prestação principal por uma das partes³³.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 8.

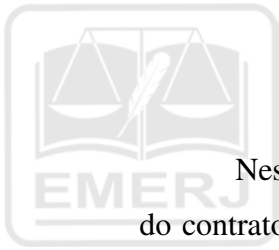
²⁹ Ibid.

³⁰ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 714.

³¹ Ibid., p. 714-715.

³² Nessa toada, leciona Carlos Roberto Gonçalves que: “a boa-fé objetiva enseja, também, a caracterização de inadimplemento mesmo quando não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato. É o que a doutrina moderna denomina violação positiva da obrigação ou do contrato. Desse modo, quando o contratante deixa de cumprir alguns deveres anexos, por exemplo, esse comportamento ofende a boa-fé objetiva e, por isso, caracteriza inadimplemento do contrato”. GONÇALVES, op. cit., p. 370.

³³ Nesse sentido, afirma Aline Terra que: “a ampliação das condições para a configuração do adimplemento implica, na mesma medida, o alargamento da noção de inadimplemento. Se para se reputar o devedor adimplente se impõe a observância não apenas do dever principal de prestação, mas também, com a mesma acuidade, dos deveres de conduta, na direção oposta, reputar-se-á inadimplente o devedor que não cumpra o dever principal de prestação ou os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional. Em sentido amplo, portanto, o inadimplemento corresponde à inexecução da



Nesse sentido, vem à tona o debate acerca da autonomia da violação positiva do contrato, se contraposto ao inadimplemento absoluto e à mora. Essa classificação binária não é mais suficiente para solucionar todos os impasses decorrentes das relações obrigacionais. De fato, não se pode afirmar que o descumprimento do dever de informação ou de lealdade é um fato idêntico, por exemplo, a não entrega de um automóvel quando da celebração de um contrato de compra e venda.

Portanto, não podem tais situações ser tratadas de forma idêntica sem suas devidas especificidades. Entende-se, pois, que o descumprimento dos deveres instrumentais não se enquadra perfeitamente na classificação dicotômica de inadimplemento, pois esse último poderá ser acarretado inclusive pelo desrespeito aos mencionados deveres laterais ao contrato, e não tão somente pela mera inexecução da prestação principal.

3. A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO: UMA TERCEIRA ESPÉCIE DE INADIMPLEMENTO?

Primeiramente, cumpre destacar que a teoria da violação positiva do contrato tem origem na doutrina alemã, mais especificamente, na formulação de Hermann Staub do início do século XX. Isso porque foram os seus estudos publicados em um artigo de 1902 que introduziram essa figura no mundo jurídico³⁴. De fato, foi a partir de seu trabalho que se passou a discutir a possibilidade do reconhecimento de que o contrato, não obstante adimplido pela parte contratada, pudesse ser cumprido de forma defeituosa, acarretando a resolução do contrato e/ou o dever de reparar eventuais danos daí provenientes.

O desenvolvimento da referida tese se expandiu para diversos ordenamentos jurídicos da *civil law*, dentre eles o próprio direito brasileiro foi consideravelmente influenciado. Por conseguinte, assim como ocorrera na Alemanha com o surgimento

prestação satisfativa, e não o mero descumprimento da prestação principal”. TERRA, Aline de Miranda Valverde. A Contemporânea Teoria do Inadimplemento: Reflexões sobre a Violação Positiva do Contrato, o Inadimplemento Antecipado e o Adimplemento Substancial. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito Civil*. 1. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 187.

³⁴ ANDRADE, Daniel de Pádua; PEREIRA, Fabio Queiroz. Revisitando o Papel da Violação Positiva do Contrato na Teoria do Inadimplemento. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p. 258-282, mar. 2018. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/30366/23357>>. Acesso em: 18 mar. 2020, p. 262.

do BGB³⁵, a promulgação do Código Civil de 2002 favoreceu a reflexão acerca da violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da maior relevância conferida à boa-fé objetiva³⁶.

Com efeito, o referido instituto apresenta sua incidência nos casos relacionados ao mau cumprimento da prestação. E daí provém o nome violação positiva do contrato, pois, embora o devedor faça algo, ou seja, adote uma conduta positiva, ainda assim, ele descumpra o contrato, ao desrespeitar os ditos deveres anexos. Logo, recorre-se a tal tese nas hipóteses em que, não obstante tenha havido um comportamento do devedor equivalente à realização da prestação contratada, esse não se apresenta satisfatório para atender a finalidade da relação contratual³⁷.

Nesse sentido, defende-se que a violação positiva do contrato seria uma terceira espécie autônoma de inadimplemento obrigacional. Isso porque, como abordado no segundo capítulo deste artigo, tal tese não se adéqua perfeitamente à classificação binária de inadimplemento. E, nesta toada, também dispõe o Enunciado nº 24 aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal³⁸, senão veja-se: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”

Contudo, há que se destacar que, atualmente, observa-se divergência doutrinária³⁹ quanto à autonomia dessa modalidade de inadimplemento obrigacional se contraposto ao inadimplemento absoluto e à mora. Isso porque parcela da doutrina, tal como Daniel de Pádua Andrade⁴⁰, sustenta o reenquadramento da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento. Afirma, pois, que os elementos protetivos da violação positiva do contrato podem ser incorporados a partir da extensão do conceito de inadimplemento absoluto e mora para além da simples prestação, com base na noção moderna do conceito de obrigação.

³⁵ BGB significa *Bürgerliches Gesetzbuch*, que é o Código Civil alemão.

³⁶ ANDRADE, op. cit., p. 265.

³⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 528.

³⁸ BRASIL. I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 162*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>>. Acesso em: 05 set. 2020.

³⁹ Daniel de Pádua Andrade, por exemplo, é contrário à tese, ao afirmar que: “[...] embora continue válido o respectivo referencial teórico, torna-se desnecessário o recurso à violação positiva do contrato enquanto terceira modalidade de descumprimento obrigacional. O enquadramento ora proposto perpassa pela análise da origem e da assimilação brasileira da teoria da violação positiva do contrato, bem como pelo estudo da perspectiva dinâmica da obrigação e da reformulação conceitual do (in)adimplemento”. ANDRADE, op. cit., p.261-262.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 277-278.



De fato, o referido autor⁴¹ é contrário à autonomia da violação positiva do contrato como uma terceira espécie de inadimplemento contratual. Ele defende que o inadimplemento absoluto abrangeria qualquer violação obrigacional que esgotasse o legítimo interesse do credor, ao passo que a mora incorporaria qualquer descumprimento que não apagasse definitivamente a utilidade da obrigação⁴². Assim, ao alargar demasiadamente os conceitos de inadimplemento absoluto e mora, não restaria espaço para a incidência da violação positiva do contrato.

Não obstante o descompasso doutrinário, já existem julgados na jurisprudência brasileira⁴³ que aplicam eficazmente a violação positiva do contrato. Portanto, pode-se dizer que, hoje, tal tese já está incorporada à jurisprudência pátria, na medida em que ela é cada vez mais utilizada na solução de litígios decorrentes da inobservância dos deveres anexos nas relações obrigacionais⁴⁴.

⁴¹ ANDRADE, op. cit., p. 278.

⁴² Nesse diapasão, também segue Schreiber, ao afirmar que “[...] a utilidade do recurso à noção de violação positiva do contrato nesse sentido é discutível, na medida em que a boa-fé objetiva dispensa um instrumento intermediário de aplicação, que somente seria útil se auxiliasse em sua aplicação concreta, o que não acontece com a noção de violação positiva do contrato, a qual não chega a definir um tipo de comportamento inadmissível nem mesmo um tipo de dever que não se poderia violar. Torna-se, assim, um degrau conceitual desnecessário. Além disso, em uma perspectiva funcional, na qual o cumprimento da prestação principal não basta à configuração do adimplemento, exigindo-se o efetivo atendimento da função concretamente perseguida pelas partes com o negócio celebrado, sem o qual todo comportamento (positivo ou negativo) do devedor mostra-se insuficiente. Vale dizer: revisitado o conceito de adimplemento, de modo a corroborar a necessidade de um exame que abarque o cumprimento da prestação contratada também sob o seu prisma funcional, as hipóteses hoje solucionadas com o uso da violação positiva do contrato tendem a recair no âmago interno da própria noção de inadimplemento, sem necessidade de importação de uma terceira figura de pouca tradição entre nós”. SCHREIBER, op. cit., p. 529.

⁴³ A título ilustrativo, veja-se o seguinte julgado: “Apelação Cível. Ação Indenizatória. Violação positiva do contrato, consubstanciada na quebra dos deveres resultantes da boa fé, tais como o de lealdade, fidúcia e transparência. Dano moral. Reforma da sentença. 1. No caso, restou incontroverso que apesar de o plano de saúde ter autorizado a internação em quarto particular, o recorrente foi acomodado em enfermaria. 2. Desse modo, ao prestar um serviço inferior ao contratado, o apelado vulnerou o princípio da boa-fé objetiva, do qual se extraem os chamados deveres anexos ou laterais de conduta, tais como os deveres de colaboração, fidúcia, respeito, honestidade e transparência. 3. Quando ignorados ou afrontados os deveres anexos da boa-fé, instaura-se a violação positiva do contrato ou cumprimento defeituoso, em que não se observa o descumprimento da totalidade do avençado, mas sim dos deveres laterais do mesmo, caracterizando hipótese de inadimplemento à luz do Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil. 4. Desse modo, o noscômio deve ser responsabilizado, porque não logrou demonstrar qualquer excludente de responsabilidade (art. 14, §3º, do CDC) [...]”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0037590-25.2013.8.19.0204*. Relator: Marcos Alcino de Azevedo Torres. Disponível em: <[http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3734919 &PageSeq=0](http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3734919&PageSeq=0)>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁴⁴ Nesse sentido, destaca-se o relevante julgado: “[...] tais deveres acessórios precisam ser observados em quaisquer relações jurídicas, não só consumeristas, embora ganhem relevo em tal seara. Isso porque a violação de tais deveres implica no que se convencionou chamar de violação positiva do contrato ou cumprimento irregular. Isto é, apesar de não haver mora ou inadimplemento quanto à obrigação principal, a inobservância dos deveres anexos também consiste em ilícito civil, pois atenta contra valores constitucionalmente protegidos [...]”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0002666-82.2011.8.19.0066*. Relatora: Renata Machado Cotta. Disponível em: <

Tanto ela é uma espécie de inadimplemento obrigacional, que as suas possíveis consequências não deixam dúvida disso. Tendo em vista a função integrativa da boa-fé objetiva, em casos que se constate o descumprimento dos deveres laterais ou anexos incidentes em todas as fases contratuais, a parte vulnerada poderá até mesmo pleitear indenização por danos materiais e morais. Institutos esses característicos do gênero inadimplemento que surgem como conseqüências do desrespeito às obrigações contratuais pactuadas entre as partes.

Nesse sentido, também leciona o ilustre civilista Gustavo Tepedino⁴⁵, ao afirmar que, como consequência, expande-se o suporte fático do inadimplemento obrigacional, reputando-se a inobservância de deveres laterais como violação ao contrato, ao acarretar não apenas a pretensão ressarcitória, mas, também, outros institutos próprios ao inadimplemento, quais sejam: a possibilidade de recusar a prestação com base na exceção de contrato não cumprido e, em casos extremos, a possibilidade de resolver o contrato.

Em suma, concluí-se que a chamada violação positiva do contrato pode ser classificada como uma espécie autônoma de inadimplemento contratual, tese essa que inclusive já foi encampada pela jurisprudência brasileira. Logo, dada a maior relevância conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao princípio da boa-fé objetiva como incidente em todas as fases da relação contratual, observa-se que o desrespeito aos ditos deveres anexos, podem acarretar além de ações de ressarcimento por danos materiais e morais, até mesmo, ações de resolução contratual.

CONCLUSÃO

A partir da presente pesquisa, constatou-se que a violação positiva do contrato é uma espécie autônoma de inadimplemento contratual, se contraposto ao inadimplemento absoluto e à mora. Hoje, a prevalência axiológica decorrente do princípio da boa-fé objetiva como incidente não mais somente nas relações consumeristas, mas também em todas as relações contratuais paritárias, demonstra a importância de se conhecer as funções e os limites oriundos do referido princípio.

<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3928481&PageSeq=0>. Acesso em: 05 set. 2020.)

⁴⁵ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 18.



Pode-se afirmar, ainda, que deixou de ser absoluta aquela visão clássica e antiquada de que o contrato seria um instituto regido apenas pelo interesse das partes. Isso porque o direito civil passou a ser fortemente influenciado por uma concepção mais solidária e empenhada com a realização de valores sociais, principalmente a partir da promulgação do Código Civil de 2002. Superou-se, então, a ideia de que o princípio do *pacta sunt servanda* seria um dogma absoluto, tendo em vista a maior relevância conferida a valores como a eticidade e a probidade.

A partir da noção de lealdade e colaboração, instituiu-se a boa-fé objetiva como a fonte criadora dos chamados deveres anexos ou laterais ao contrato. E tais deveres são tidos, hoje, como ínsitos a qualquer contrato, bem como impostos às partes mesmo sem previsão contratual específica, além de ser uma forma de propagação da confiança para a boa condução dos negócios jurídicos.

Por conseguinte, o mero descumprimento dos ditos deveres anexos ao contrato poderá acarretar até mesmo a responsabilização civil do infrator, independentemente de culpa. De fato, a parte vulnerada poderá pleitear indenização por danos materiais e morais ou, até mesmo, propor ações de resolução contratual. Institutos esses próprios do gênero inadimplemento que emergem como consequências do desrespeito às obrigações contratuais estabelecidas entre as partes.

Não obstante aquela antiga noção de relação obrigacional simples e estática ainda subsista, mesmo que de forma minoritária, no ordenamento jurídico pátrio, demonstrou-se, ao longo deste artigo, que esta noção de relação obrigacional não mais se sustenta. Isso porque prevalece, hoje, o entendimento, segundo o qual, a relação obrigacional é uma relação complexa, ou seja, que deve ser entendida como um processo direcionado para o seu adimplemento, sempre com o intuito de satisfazer ambas as partes envolvidas.

Desta feita, o gênero inadimplemento antes subdivido em apenas duas espécies, quais sejam: o inadimplemento absoluto e a mora, deve agora ser tido como uma classificação tricotômica. Isso porque a ampliação do conceito de adimplemento provocou também a expansão do conceito de inadimplemento. Logo, como o inadimplemento poderá ser acarretado até mesmo pelo descumprimento dos mencionados deveres laterais ao contrato, e não mais apenas pela mera inexecução da prestação principal por uma das partes, pode-se dizer que a violação positiva do contrato surge então como uma terceira espécie autônoma de inadimplemento contratual.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daniel de Pádua; PEREIRA, Fabio Queiroz. Revisitando o Papel da Violação Positiva do Contrato na Teoria do Inadimplemento. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p. 258-282, mar. 2018. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/30366/23357>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

BRASIL. I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 24*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 162*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/283>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1655139/DF*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78474695&num_registro=201500936304&data=20171207&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação n° 0002666-82.2011.8.19.0066*. Relatora: Renata Machado Cotta. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3928481&PageSeq=0>>. Acesso em: 05 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação n° 0037590-25.2013.8.19.0204*. Relator: Marcos Alcino de Azevedo Torres. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3734919&PageSeq=0>>. Acesso em: 05 set. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Obrigações*. 11. ed. Salvador: JusPodium, 2017. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1464-Curso-de-Direito-Civil-Obrigaes-Vol2-2017-Cristiano-Chaves-de-Farias-Nelson-Rosenvald.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 8. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. Disponível em: <http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2015/10/L-49_tira-gosto_A-Boa-fe-no-direito-privado_Judith-Martins-Costa.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2020.



PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25. ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 32, ano 8, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimplemento.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2020.

_____. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book].

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, [e-book].

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2. ed. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A Contemporânea Teoria do Inadimplemento: Reflexões sobre a Violação Positiva do Contrato, o Inadimplemento Antecipado e o Adimplemento Substancial. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito Civil*. 1. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Johann Elber de Carvalho Constantino de Souza
Advogado. Graduado pela Universidade Candido Mendes.

Resumo – com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, várias novidades legais foram introduzidas, entre elas o juiz das garantias, que separou as atribuições em dois magistrados, um responsável pela investigação criminal e outro pela fase processual, baseando-se em decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e tendo como fundamentos principais o princípio da imparcialidade e a busca por um sistema acusatório. Neste contexto, houve divergências doutrinárias sobre tal instituto, uma vez que a jurisprudência e o ordenamento jurídico se pautavam no conceito de prevenção, o que gerou problemas na sua aplicação imediata, forçando o Supremo Tribunal Federal suspender os efeitos desta figura.

Palavras Chave – Direito Processual Penal. Imparcialidade. Sistema Inquisitório e Acusatório. Competência, Delimitação e Impedimento.

Sumário – Introdução. 1. O surgimento do Juiz das Garantias no Brasil e as controvérsias referentes à imparcialidade do Magistrado. 2. Sistemas processuais e o papel do Juiz das Garantias. 3. Das competências e impedimentos do Juiz das Garantias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa analisar a aplicação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como base a presunção de constitucionalidade desta figura, estudando os motivos para sua criação e suas atribuições e delimitações. Para tanto, abordam-se posições doutrinárias, jurisprudências sobre o tema e legislação a respeito do tema com a finalidade de discutir a necessidade da aplicação desta figura no Brasil e as mudanças que ocorreram com sua implementação.

O tema é controvertido na doutrina e gera debates na jurisprudência através das ações diretas de inconstitucionalidades ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, o que demonstra a sua relevância na atualidade, uma vez que modifica de forma abrupta o funcionamento do processo penal brasileiro, que antes se embasava pela regra de prevenção, com o intuito de se aproximar de uma maior imparcialidade nos julgamentos e do sistema acusatório.

O primeiro capítulo do trabalho apresenta o surgimento da figura do juiz das garantias no Brasil, utilizando como parâmetro julgados do Tribunal Europeu de Direitos



Humanos, bem como aborda a discussão doutrinária acerca da imparcialidade do magistrado e a aplicação dela no juiz das garantias.

O segundo capítulo trata da busca pelo sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro para a aplicação do juiz das garantias no Brasil, para tanto procurou-se informar as diferentes formas de sistema, bem como apresentar posições doutrinárias sobre o tema e a mudança no cenário brasileiro com a implementação de um juiz exclusivo na fase investigatória.

Por fim, o terceiro capítulo versa sobre as hipóteses de competências, delimitações e impedimentos do juiz das garantias pelo legislador, bem como relacionando-as com a jurisprudência atual dos tribunais superiores, outros dispositivos da Constituição, Código de Processo Penal e legislações especiais e críticas doutrinárias pertinentes.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. Dessa forma, o pesquisador realiza formulações hipotéticas que entende serem adequadas, tendo como finalidade de analisar o objeto da pesquisa, com o propósito de demonstrar diferentes pontos argumentativos.

Para tal, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, posto que o pesquisador tenha a pretensão, por meio da bibliografia pertinente à temática em estudo, legislação, jurisprudência e doutrina, para sustentar a sua tese.

1. O SURGIMENTO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL E AS CONTROVÉRSIAS REFERENTES À IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO

Em 24 de dezembro de 2019, foi aprovado o pacote anticrime, o qual trouxe várias inovações ao ordenamento jurídico brasileiro no âmbito processual penal, entre elas, a nova figura do Juiz das Garantias dispostas nos arts. 3º-A ao art. 3º-F no Código de Processo Penal¹ que descrevem suas atribuições e deveres com o intuito de retirar a tradição da prevenção previstas no CPP e leis especiais.

O tema traz uma ideia de separação das atribuições do magistrado na fase de investigação e na fase processual, e aquele que atuar na fase de investigação estaria proibido de atuar no julgamento, trazendo grande divergência na doutrina sobre sua necessidade no Brasil.

¹BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020.



Embora a figura do Juiz das Garantias seja relativamente antiga nos ordenamentos jurídicos europeus, sendo definido pelo art. 3º-B² como “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais”. Tal teoria surgiu no ano 2000, capitaneada pelo doutrinador Aury Lopes Junior³, com o intuito de aproximar-se da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, principalmente nos casos Piersack vs Bélgica, De Cubber vs Bélgica e Castillo Algar vs Espanha, na qual se observou o resquício em diversos países da figura do juiz instrutor.

Essa figura verifica-se quando o mesmo participa da produção de provas e ocorre a quebra de sua imparcialidade no julgamento pelos diversos prejulgamentos que terá de realizar no curso do inquérito policial.

Para Mário Fonseca Andrade⁴ os casos Piersack vs Bélgica e Castillo Algar vs Espanha não devem servir como base para a instauração do Juiz das Garantias no Brasil, uma vez que o CPP no seu art. 252, incisos II e III⁵ já previam que o juiz que atuasse ou como delegado de polícia na investigação ou como juiz em instância anterior estariam impedidos de julgar a causa posteriormente.

A crítica do autor também acontece com base na possibilidade prevista no TEDH no caso Huaschildt vs Dinamarca de atuação do mesmo magistrado na fase de investigação e fase processual quando este atuar somente na análise de auto de prisão em flagrante e na determinação de medidas cautelares, como já previstas no ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, ficaria evidenciada a diferença na jurisprudência deste tribunal da figura do juiz garantidor e do juiz investigador.

No entanto, um dos pontos primários que parece gerar debate ocorre no caso De Cubber vs Bélgica, em que houve a discussão sobre a existência da figura do juiz investigador no Brasil ou se na fase preliminar o juiz apenas garante a legalidade e direitos do acusado.

Tal discussão ocorre porque para autores como Aury Lopes Junior⁶ e Guilherme Nucci⁷, o Brasil ainda tem no ordenamento jurídico resquícios do sistema inquisitivo em sua composição, um dos exemplos seria a produção de prova antecipada de ofício pelo

²Ibid.

³LOPES JUNIOR apud ANDRADE, Mario Fonseca. *Juiz das Garantias*. 3. ed. Paraná: Juruá, 2020, p. 22.

⁴Ibid, p. 23-29.

⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶LOPES JUNIOR apud ANDRADE, op. cit, p. 38 a 40.

⁷NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado*. São Paulo: Forense, 2020, p. 37-38.



juiz no art. 156, I do CPP⁸, enquanto para Mário Fonseca⁹ o juiz não deve ser configurado como investigador apenas por essa autorização, mas, sobre sua influência nos rumos da investigação.

Cabe mencionar que o princípio da imparcialidade do magistrado pode ser retirado dos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição¹⁰, os quais dispõem a vedação de juízos e tribunais de exceção, e do devido processo legal, respectivamente, bem como pelas vedações imposta aos magistrados no art. 95 do mesmo diploma legal¹¹. Assim, este princípio é considerado indispensável para qualquer processo judicial, sendo considerado um princípio constitucional implícito.

Apesar de ambos concordarem que a imparcialidade do juiz esteja maculada com esse tipo de liberdade em sua atuação e gera dúvidas sobre qual a real destinação da prova, Mário Fonseca¹² não visualiza isso como justificativa para a separação das atribuições do magistrado, fazendo uma ressalva, separando em critérios subjetivos e objetivo da imparcialidade.

O critério subjetivo surge quando o magistrado demonstra uma atuação no processo tendenciosa, manifestando sua convicção antes da sentença. Para o autor se trata da conduta pessoal do juiz que deve ser comprovada pela parte prejudicada, uma vez que existe a presunção de parcialidade do magistrado.

O critério objetivo é aferido quando¹³ “o julgador, de fato, disponibilizou todas as garantias suficientes para excluir qualquer dúvida considerada legítima sobre aquela”. Entende-se, portanto, que a parcialidade seria objetiva quando não ocorrem as garantias do acusado pelo juiz, como princípio do devido processo legal, ampla defesa, livre convencimento motivado do juiz, entre outras.

O autor ressalta¹⁴ que no caso de dúvida sobre a imparcialidade do juiz por cumulação de funções não gera “presunção de parcialidade”, ademais haverá a presunção de imparcialidade do julgador, pois, este realizou concurso público e detém fé pública, cabendo no caso concreto, através de uma fundada razão, ser verificado as circunstâncias

⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

⁹ANDRADE, op. cit, p. 38-40.

¹⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020.

¹¹Ibid.

¹²ANDRADE, op. cit, p. 30-35.

¹³Ibid., p. 30.

¹⁴Ibid., p. 35.

que levaram a alegação de parcialidade pelo magistrado com oportunidade para este se manifestar.

No entanto, essa classificação não é única, o próprio Aury Lopes Jr.¹⁵ também classifica a imparcialidade em objetiva e subjetiva, mas, dando embasamentos totalmente distintos da classificação anterior. A imparcialidade subjetiva ocorre da falta de vínculos jurídicos relevantes entre o magistrado e qualquer um dos interessados jurídicos na causa, sejam elas partes ou não. Já a imparcialidade objetiva à condição de “originalidade da cognição”, ou seja, a inexistência de convicções ou juízos prévios sobre a causa que o julgador decidirá.

Observa-se, portanto, certa semelhança no entendimento entre a imparcialidade subjetiva de Mauro Fonseca e a imparcialidade objetiva descrita por Aury Lopes. Nesse sentido, cabe mencionar que, para Gustavo Junqueira¹⁶, a imparcialidade subjetiva ocorre nas causas legais de impedimento, incompatibilidade, suspeição e desaforamento, enquanto a imparcialidade objetiva está relacionado com a teoria da aparência da justiça, ou seja, a confiança que os tribunais inspiram em suas sociedades.

Além dos critérios jurídicos Aury Lopes Jr.¹⁷ estabelece uma justificativa psicológica social para a implantação da figura do “duplo juiz” denominada de efeito primazia. Esse efeito em síntese ocorre, pois, as primeiras informações que recebemos sobre algo tem mais peso do que as demais sequentes, isto ocorreria pela necessidade de coerência das informações recebidas e seu nível de atenção, na qual diminui quando já se tem um julgamento prévio de um determinado assunto.

Desta forma, com a finalidade de maximizar a imparcialidade do magistrado brasileiro, uma vez que o autor reconhece a impossibilidade de neutralidade do juiz inserido na sociedade, buscou-se com a divisão de competência o que o autor denominou¹⁸ de ignorância do caso penal em julgamento.

Por fim, para Eugênio Pacelli¹⁹ não existiria inconstitucionalidade, pois, embora não sejam justificáveis os receios de parcialidade demonstrados pelo legislador, a previsão no Juiz das Garantias apenas cria uma nova regra de impedimento ao magistrado.

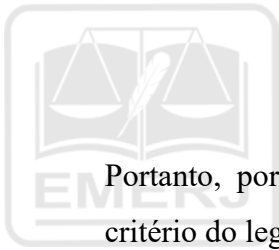
¹⁵LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 268.

¹⁶JUNQUEIRA, Gustavo et al. *Lei Anticrime Comentada – Artigo por Artigo*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 102.

¹⁷LOPES JUNIOR, op. cit., p. 261 e 265.

¹⁸Ibid., p. 265-268.

¹⁹OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Juiz das garantias: muito barulho por nem tanto*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/eugenio-pacelli-juiz-garantias-barulho-nem-tanto>>. Acesso em: 08 jul. 2020.



Portanto, por mais que seja desnecessária, não existiria nenhuma invalidade, sendo critério do legislador optar quais as regras regentes no processo penal.

Porém, ao analisar o art. 3º-D, parágrafo único, do CPP²⁰ reconhece-se uma inconstitucionalidade em sua redação, levando em consideração que o judiciário embora possa criar regras que impeçam a atuação do juiz, não pode determinar a organização interna dos tribunais, sendo uma formalidade que dependerá exclusivamente dos tribunais.

O autor termina sua explanação²¹ questionando o funcionamento dessa nova imposição legislativa nos tribunais, em especial no Supremo Tribunal Federal, em casos de competência originária para processar e julgar, como nos casos de acusados com foro com prerrogativa de função. Necessariamente o juiz que atuou na fase investigativa deverá ser afastado, posto que sua imparcialidade na fase processual estará violada diante da nova previsão legal, tornando a composição do STF em 10 ministros, o que acarretará diversos problemas ao longo das votações em plenário.

2. DOS SISTEMAS PROCESSUAIS E O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS

Outra questão que gera muito debate doutrinário é o sistema processual adotado no Brasil, pois serve como justificativa para a implementação do juiz das garantias no ordenamento jurídico pátrio que retoma a discussão sobre qual o sistema adotado no Brasil.

O sistema inquisitório é denominado pela inexistência de direitos individuais fundamentais como o princípio do devido processo legal, amplas defesa e contraditório, outro atributo marcante desse sistema é o acúmulo de funções do juiz que exerce as funções de acusar, defender e julgar, possuindo ampla liberdade probatória na busca de seu convencimento, produzindo as provas de ofício.

Normalmente este tipo de sistema tem como características a celeridade, sigilosidade, efetividade, a preponderância do interesse coletivo, a falta de direitos e garantias fundamentais do acusado, na qual o réu exerce uma função de objeto da investigação. O magistrado ganha a nomenclatura de juiz-investigador.

O sistema acusatório estabelece uma ideia oposta ao sistema inquisitivo, pois, parte da premissa da separação das funções de investigar, acusar, julgar e defender.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

²¹OLIVEIRA, op. cit., nota 19.

Entende-se que com a separação das funções, o juiz conseguiria exercer o seu papel de julgador de forma mais eficiente, pois, estaria atuando de forma imparcial, sem produzir provas ou tomar partido de umas partes.

Normalmente este tipo de sistema tem como particularidades a gestão das provas pelas partes, a separação de funções, a presunção de não culpabilidade do acusado e os atos processuais são realizados, em regra, de forma pública. Salienta-se também que existe uma ausência de valoração de prova pela lei, o réu tem direito e garantias individuais, não servindo apenas como objeto da investigação.

Por fim, o sistema misto é uma junção dos sistemas mencionados. É um sistema que se difere dos outros uma vez que o juiz tem poderes para criação de provas, no entanto, os direitos e garantias individuais são respeitados.

Este sistema tem como peculiaridade básica possuir duas fases. A primeira fase é considerada inquisitória, ocorre na investigação preliminar, colhendo provas, indícios e demais informações para que possa embasar a segunda, que é considerada acusatória e ocorre na fase judicial.

Para Guilherme Junqueira²² o princípio acusatório gera a separação subjetiva de funções na persecução penal, ou seja, função de acusar, defender e julgar, gerando aspectos fundamentais, como um processo de partes, igualdade das partes no livre convencimento do juiz e o distanciamento deste para assegurar sua imparcialidade.

Também estabeleceu a diferenciação entre a estrutura inquisitória e a estrutura acusatória. Aquele predominaria a finalidade da descoberta do direito material penal, na qual interessaria apenas a obtenção do resultado, gerando os impulsos oficiais, iniciativas sem requerimento das partes e amplos poderes do juiz. Enquanto este prevaleceria à garantia dos direitos fundamentais do acusado, impedindo o excesso do direito de penalizar do Estado.

Aury Lopes Júnior²³ sustenta que para saber qual o sistema processual adotado em um ordenamento jurídico deve-se analisar a posição do juiz no processo penal, a partir de uma análise da jurisdição a partir do lugar do magistrado nos três sistemas processuais mencionados acima.

Para o autor²⁴, o sistema acusatório ocorre em países com maior liberdade individual e que exista uma democracia sólida. Pode ser definido na atualidade pela

²²JUNQUEIRA, op. cit., p. 79-84.

²³LOPES JUNIOR, op. cit., p. 212-228.

²⁴Ibid., p. 218.



distinção de acusar e julgar, iniciativa probatória das partes, juiz como terceiro imparcial, igualdade das partes, oralidade do procedimento, publicidade plena, contraditório, ampla defesa, livre convencimento motivado, segurança jurídica e possibilidade de recursos. Tendo como principal crítica à inércia do magistrado atuando com base no material proporcionado pelas partes durante o processo.

Em contrapartida, o doutrinador²⁵ entende o sistema inquisitório predominante em países de grande repressão, autoritaristas ou totalitaristas, com forte hegemonia estatal, na qual retira os direitos individuais de seus cidadãos. Caracteriza-se pela busca da verdade real, a disputa entre o juiz inquisidor e o acusado, o sigilo processual, a atuação de ofício pelo julgador na fase probatória e o sistema legal de valoração da prova. Tendo como principal crítica a falta de contraditório e ampla defesa entre as partes.

O autor²⁶ subdivide em inquisição geral, na qual buscava a comprovação da autoria e materialidade do crime com caráter investigativo como um inquérito policial e inquisição especial, que preenche a parte processual em que o acusado é condenado e punido pelo juiz.

Por fim, Aury²⁷ classifica o sistema misto como insuficiente para demonstrar a complexidade do tema, uma vez que por não existir sistemas puros, todos os sistemas seriam mistos, com características de ambos os sistemas mencionados acima. Por isso, a importância de observar a figura e atuação do julgador para tal classificação.

O autor²⁸, portanto, critica aqueles que denominam o ordenamento jurídico brasileiro como sistema misto sob a justificativa de existirem duas fases, a preliminar considerada inquisitiva e a processual considerada acusatória, denominando-a de sistema neo-inquisitório.

Assim, o advento do juiz das garantias consagraria de forma efetiva a ação do sistema acusatório no Brasil, uma vez que gera uma maior separação das funções de julgar e acusar, que por si mesmo não é suficiente, devendo delimitar a atuação do juiz, retirando-lhe do inquérito policial para salvaguardar sua inércia e imparcialidade.

Em contrapartida Mauro Fonseca Andrade,²⁹ critica a visão do sistema acusatório como a perfeição e o sistema inquisitivo como o resultado de todos os males no processo

²⁵Ibid., p. 222-225.

²⁶Ibid., p. 223.

²⁷Ibid., p. 215.

²⁸Ibid., p. 230.

²⁹ANDRADE, op. cit., p. 49.

penal. Nesse sentido para Taruffo³⁰, com o advento da revolução francesa, a Assembléia Constituinte tendo o conhecimento da rejeição do sistema inquisitivo aderiu tudo que ideologicamente não lhes era conveniente.

Dessa forma, não haveria o interesse em saber quais os institutos ou princípios integravam esse sistema, mas, sua utilização como argumento político, exemplo disso para o autor³¹ seria a teoria da gestão da prova e a figura do juiz das garantias, que apenas serviam como uma demonstração desnecessária de progresso e avanço processual.

Além disso, geraria um problema de nulidade absoluta de todos os processos até então realizados, uma vez que se reconheceria a inconstitucionalidade do critério de prevenção. No entanto, tal entendimento foi afastado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, por compreender que a atuação do magistrado no inquérito policial não viola a inércia do juiz, pela necessária provocação de terceiro, e não violaria sua imparcialidade, por não ocorrer uma análise profunda das questões fáticas e jurídicas, conforme julgamento do *Habeas Corpus* nº 92.893-5³².

Mário Fonseca³³ faz uma diferenciação entre sistema acusatório e princípio acusatório, conceituado como a separação das figuras do julgador e acusador, uma vez que observa uma contradição entre a exposição de motivos e o art. 3º-A do Código de Processo Penal³⁴ quando utiliza a expressão “estrutura acusatória”.

Para o autor, a diferença está que os sistemas processuais abrangem diversos princípios, tendo uma relação de conteúdo e continente. Além disso, outros doutrinadores, como Douglas Fisher³⁵ e Eugênio Pacelli³⁶ fazem este mesmo tipo de distinção.

Por fim, Mário Fonseca³⁷ tece críticas sobre a aparente preocupação na fase de instrução e julgamento, e adverte que o juiz que acompanha o inquérito policial poderia ao longo da investigação decidir sobre diversas questões, como interceptação telefônica, busca e apreensão, prisão do investigado e cada uma dessas intervenções seria suficiente para criar um vínculo psicológico do juiz, ferindo o princípio acusatório e a imparcialidade do juiz, gerando uma parcialidade presumida.

³⁰TARUFFO apud ibid.

³¹Ibid.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 92.893-5. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&ocID=568515>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

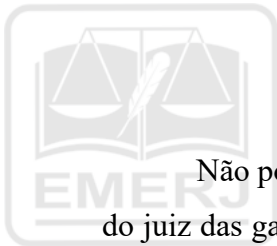
³³ANDRADE, op. cit., p. 72-73.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁵FISHER apud ANDRADE, op. cit., p. 74.

³⁶PACELLI apud ibid.

³⁷ANDRADE, op. cit., p. 77-78.



Não podendo, assim, ser usado como argumento válido para a aplicação da figura do juiz das garantias. No entanto, cabe mencionar que a Lei nº 13.964 de 2019, além de trazer a figura do juiz das garantias também retirou a possibilidade de decretação de medidas cautelares de ofício, conforme art. 282, §2º do CPP³⁸, apenas com requerimento das partes ou da autoridade policial e sempre quando possível intimando a parte contrária para vedar decisões surpresas.

3. DAS COMPETÊNCIAS E IMPEDIMENTOS DO JUIZ DAS GARANTIAS

As competências do juiz das garantias foram estabelecidas nos incisos art. 3º-B do Código de Processo Penal³⁹. Sendo o rol meramente exemplificativo, podendo ser acionado nas situações em que o investigado, no inquérito policial, for violado ou impedido em algum direito ou garantia.

A atribuição de receber a comunicação imediata da prisão e de receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão tem como objetivo o controle da legalidade da prisão pelo magistrado, seja no aspecto formal ou material.

Vale mencionar que mesmo sendo vetada a previsão da audiência de custódia como competência do juiz das garantias, a audiência continuaria nas atribuições por uma consequência lógica, seja pelo controle e manutenção da legalidade pelo Judiciário ou pela redação do art. 310 do CPP, que estabelece o prazo de vinte e quatro horas para a realização da audiência de custódia após o recebimento do auto de prisão em flagrante.

Em relação às informações referentes à instauração de qualquer averiguação criminal, independente de quem tenha instaurado, seja o Ministério Público pelo procedimento investigatório, ou a autoridade policial pelo inquérito policial, deverão comunicar ao juiz imediatamente, não sendo oponível o direito ao sigilo.

Todas as decisões impostas pelo juízo devem ser fundamentadas, seja para decretar, prorrogar ou revogar, com base no caso concreto e a necessidade de revisão da medida cautelar no prazo de noventa dias por força do art. 316 do CPP⁴⁰.

O art. 282, §2º, bem como o próprio princípio acusatório previsto no art. 3º-A, ambos do CPP⁴¹, prevêm a necessidade de requerimento pelo MP ou pela autoridade

³⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁹Ibid.

⁴⁰Ibid.

⁴¹Ibid.

policial para decretação de prisão preventiva, porém, a conversão da prisão flagrancial em preventiva é possível de ofício, nesse sentido dispõe o HC nº 527.479 do Superior Tribunal de Justiça.⁴²

A previsão de produção das provas de forma antecipada urgentes e não repetíveis está em consonância com a aplicação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, posto que já há previsões sobre antecipações de provas no verbete sumular 455 do STJ⁴³ e no art. 156, I, do CPP⁴⁴.

No entanto, em sentido oposto para André Machado Maya⁴⁵, existe um conflito entre o art. 156, I⁴⁶, e os art. 3º-A e art. 3º-B, VII ambos do CPP⁴⁷, tendo em vista que proibiriam de forma expressa a produção de prova de ofício pelo juiz, consagrando a estrutura acusatória.

A previsão de prorrogação do prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso será de 15 dias, prorrogável por igual período, sob pena de relaxamento imediato da prisão, conforme disposto no §2º do art. 3º-B do CPP. Este prazo, porém, é norma geral, devendo ser respeitado normas especiais que estipulem prazos diversos.

A requisição de documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação, gera divergência sobre a possibilidade de produção de provas pelo juiz, em busca do princípio da verdade real, pois feriria o princípio acusatório, devendo ser determinado à juntada dos documentos, informações e laudas apenas quando requerido pelas partes.

É de atribuição de o magistrado julgar requerimentos sobre meios de obtenção de prova, assim, pode-se citar como exemplo a interceptação telefônica, afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico, busca e apreensão domiciliar, acesso a informações sigilosas, entre outros meios de obtenção de prova, sendo o rol meramente exemplificativo.

A competência de julgar o *habeas corpus* proferido pelo juiz das garantias, ou seja, aquele impetrado antes do oferecimento da denúncia, tendo a autoridade policial

⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº: 527.479. Relator: Ribeiro Dantas. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/302067902/stj-15-06-2020-pg-7819?ref=serp>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

⁴³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula* nº 455. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27455%27>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁵MAYA, André Machado. *Juiz de Garantias*. Fundamentos, Origem e Análise da lei 13.964/19. São Paulo: Tyrant, 2020, p. 99.

⁴⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁷Ibid.



como autoridade coatora e contra o respectivo magistrado, será competência do respectivo Tribunal de Justiça.

A possibilidade do juiz das garantias determinar a instauração de incidente de insanidade mental pode ser realizada de ofício ou a requerimento da defesa, pelo Ministério Público ou autoridade policial.

A decisão sobre o recebimento da denúncia ou queixa por parte do novo magistrado é uma inovação jurídica na qual, embora seja admitida como ato decisório pela jurisprudência, conforme HC nº 93.056 do STF⁴⁸, impõe-se ao juiz uma averiguação dos pressupostos processuais, condições da ação e justa causa, acarretando em quebra da imparcialidade do magistrado incumbido de seu julgamento e, portanto, salvaguardando o juiz competente para julgar o mérito.

Além disso, esta nova atribuição tem uma maior aplicação do art. 399 do CPP⁴⁹ ao invés da aplicação do art. 396 do CPP⁵⁰, sendo o agendamento da audiência de Instrução e Julgamento o primeiro ato do juiz do processo, bem como a necessidade de fundamentação pela expressão “decidir” usada pelo legislador, enviesando o entendimento jurisprudencial de que o ato de recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa não tem natureza decisória.

O dever do juiz das garantias é de assegurar o direito ao investigado e ao seu defensor, garantindo-lhes acesso a todos os elementos informativos e provas produzidas na investigação, salvo diligências em andamento, com base no princípio da ampla defesa e na Súmula Vinculante nº 14⁵¹.

O julgamento de outras matérias que podem surgir ao longo da investigação, evidencia a natureza de rol exemplificativo. Assim, outros exemplos não previstos por lei que poderiam surgir para julgamento do novo magistrado seriam a falsidade documental ou um mandado de segurança contra autoridade policial observado durante a investigação.

A hipótese de delimitação de competência está expressa no art. 3º-C do CPP⁵². O artigo impede o juiz das garantias nos casos de infrações de menor potencial ofensivo,

⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 93.056*. Relator: Ministro Celso de Mello Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000135037&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

⁴⁹BRASIL, op. cit, nota 1.

⁵⁰Ibid.

⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 14*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

⁵²BRASIL, op. cit, nota 1.

por não necessitar, em regra, de grandes investigações ou medidas judiciais sobre direitos individuais do acusado, apenas a coleta de informações para identificação do infrator.

André Machado⁵³ tece divergências em situações na qual existem delimitações da sua competência. A primeira ocorre na fase procedimental, na qual o autor separa em duas situações, a limitação pelo recebimento da denúncia e o impedimento por exigência de varas criminais colegiadas para investigação de delitos gerados por organizações criminosas.

Além disso, há julgamentos em segunda instância que ocorrem durante a fase de investigação do acusado, como nas situações de competência originária e recursos. Em relação à competência originária o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs 6298⁵⁴ e seguintes, afastou de forma cautelar a incidência do juiz das garantias.

O Supremo no julgamento cautelar das ADIS mencionadas também gerou mais três exceções à aplicação do juiz das garantias, nos casos de procedimento do júri, nas investigações em crimes de violência doméstica e nos casos que envolvam crimes eleitorais.

Contudo, a previsão de exceções à implementação do juiz das garantias retira sua importância além de serem consideradas sem amparo legal, excedendo as limitações hermenêuticas pertinentes às decisões judiciais, sendo uma opção legislativa ao invés de uma omissão.

No tocante à fase recursal embora não esteja explícita a figura do juiz das garantias nos recursos, às regras de impedimento, com base na imparcialidade do magistrado e no sistema acusatório desejado, devem ser aplicáveis aos desembargadores.

Por fim, observa-se a necessidade de uma interpretação sistemática ou revogação das regras de competências da distribuição e prevenção, pois, com o advento da nova legislação, tornou ambas logicamente incompatíveis. O instituto da prevenção ficaria limitado apenas às fases de atuação do magistrado julgador do mérito, ou seja, da instrução criminal e recursos.

Enquanto a competência pela distribuição, estaria revogada tacitamente, por estar em total desconformidade com a nova lei, sendo as regras de impedimento passíveis de nulidade absoluta pro falta de observância.

⁵³MAYA, op. cit., p. 110 a 119.

⁵⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações diretas de inconstitucionalidades n.º: 6298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

A proposta da presente pesquisa foi demonstrar diferentes pontos de vista doutrinários sobre os principais motivos para implementação do juiz das garantias que modifica de forma abrupta o cenário processual penal no Brasil, bem como apresentar a discussão sobre a necessidade da aplicação de tal figura nos dias de hoje comparando suas competências e impedimentos com o cenário atual na jurisprudência e legislação.

Inicialmente, foi realizada uma introdução do surgimento da ideia do juiz das garantias no Brasil e a origem da figura para depois abordar o princípio da imparcialidade, aplicado para distanciar o julgador do processo com o intuito de obter um melhor julgamento, sendo parte fundamental do devido processo legal.

A importância deste no Brasil é inegável, porém, sua aplicação é extremamente controversa, sendo para Aury Lopes Jr. e Guilherme Nucci uma figura indispensável para se alcançar tal princípio, enquanto para Mauro Fonseca Andrade a imparcialidade não representa o distanciamento do julgador da fase investigativa não havendo melhora no cenário brasileiro.

Outro argumento utilizado para a aplicação dessa nova figura no processo penal é a busca pelo sistema acusatório, no qual também gera divergência doutrinária. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior defende sua implementação, enquanto para Andrade a criação de um novo julgador como justificativa da imparcialidade e sistema acusatório apenas geraria uma presunção de parcialidade.

Nesse sentido, pouco importa a discussão doutrinária, uma vez que o legislador tem a prerrogativa de buscar os melhores métodos legislativos com a finalidade de uma melhor eficiência dos princípios constitucionais.

Por fim, ao analisar a aplicação do juiz das garantias pelas regras de competência e impedimento, observou-se uma interpretação sistemática compatível com o ordenamento pátrio, não havendo grandes obstáculos para sua aplicabilidade. No entanto, do ponto de vista estrutural e orçamentário do Judiciário, nota-se problemas de aplicação de forma imediata, o que forçou a suspensão de seus efeitos através de uma decisão cautelar pelas ADIs.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n°: 527.479*. Relator: Ribeiro Dantas. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/302067902/stj-15-06-2020-pg-7819?ref=serp>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 455*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27455%27>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ações diretas de inconstitucionalidades n°: 6298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n° 14*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/porta_l/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 92.893-5*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=568515>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n°: 93.056*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=00135037&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo. et al. *Lei Anticrime Comentada – Artigo por Artigo*. São Paulo: Saraiva, 2020.

ANDRADE, Mario Fonseca. *Juiz das Garantias*. 3. ed. Paraná: Juruá, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAYA, André Machado. *Juiz de Garantias*. Fundamentos, Origem e Análise da lei 13.964/19. São Paulo: Tyrant, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado*. São Paulo: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Juiz das garantias: muito barulho por nem tanto*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/eugenio-pacelli-juiz-garantias-barulho-nem-tanto>>. Acesso em: 08 jul. 2020.



A INTERDISCIPLINARIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ABORDAGEM JUSFILOSÓFICA

Jorge Antonio do Mont Serrat Martini da Eira

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo – o presente trabalho tem como proposta refletir sobre a interdisciplinaridade da fundamentação nas decisões judiciais. A partir de tal reflexão, procura-se demonstrar os principais paradigmas doutrinários sobre o tema. Cabe fazer considerações acerca da presença da discricionariedade na elaboração das decisões judiciais. Além disso, é preciso abordar a função do Poder Judiciário na sociedade contemporânea.

Palavras-chave – Teoria do Direito. Fundamentação das decisões judiciais. Discricionariedade judicial. Função do Poder Judiciário.

Sumário – Introdução. 1. A importância dos paradigmas do Direito para a interdisciplinaridade da fundamentação nas decisões judiciais. 2. A fundamentação com o uso da discricionariedade judicial. 3. A importância da fundamentação para a legitimação da função do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como proposta refletir sobre a interdisciplinaridade da fundamentação nas decisões judiciais. Primeiramente, procura-se demonstrar os principais paradigmas doutrinários acerca do tema. Em seguida, a presença da discricionariedade na elaboração das decisões judiciais é abordada. Por fim, é necessário analisar a função do Poder Judiciário na sociedade atual.

Para tanto, estudam-se as correntes doutrinárias a respeito do assunto. O conceito de Direito possui relevante papel para os estudiosos do passado, como também para os juristas atuais. Há várias correntes que se debruçam sobre o estudo desse fenômeno, com fundamentos, abordagens e diferenças entre si. É preciso apresentar tais paradigmas para que se possa fazer um recorte mais eficiente da pesquisa.

Segundo a corrente doutrinária adotada, a interpretação se modifica, o que gera consequências nos estudos jurídicos, na aplicação do Direito pelo intérprete e nas decisões judiciais. Assim, atinge não somente o aspecto teórico, mas também as vidas dos jurisdicionados.

Objetiva-se discutir as diferentes visões dos paradigmas do Direito para a fundamentação das decisões judiciais, o uso da discricionariedade judicial e a importância da fundamentação para a legitimação da função do Poder Judiciário. É diante dessa tensão que se

desenvolve a presente pesquisa.

O tema traz frequentes questionamentos tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional, logo seu estudo merece atenção. Nesse sentido, o aprofundamento dessa análise é necessário. Isso porque ele leva a repercussões nos textos doutrinários, na tomada de decisões judiciais ao solucionar os casos concretos e na sociedade como um todo, pois os jurisdicionados têm as vidas diretamente influenciadas pelas decisões provenientes do Poder Judiciário em sua atividade típica.

Para melhor compreensão do tema, apresentam-se as principais correntes que discutem sobre o conceito de Direito, principalmente seus fundamentos e suas diferenças. Em seguida, analisa-se como se dá a fundamentação com o uso da discricionariedade judicial. Enfim, demonstra-se a importância da fundamentação para a legitimação do Poder Judiciário ao atuar na resolução de conflitos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando como é entendido o conceito de Direito na doutrina e a sua repercussão na interdisciplinaridade da fundamentação judicial. O foco é cotejar os fundamentos e compreender as diferenças trazidas pelas principais orientações dos estudiosos.

No segundo capítulo, aborda-se o estudo da discricionariedade judicial. Sobretudo, analisa-se a questão da fundamentação sob a influência de tal instituto.

Por fim, no terceiro e último capítulo, demonstra-se a importância da fundamentação para a legitimação do Poder Judiciário em sua atividade típica. Procura-se explicar a necessidade de argumentação no processo de tomada de decisão judicial.

É preciso estabelecer um recorte epistemológico para apresentar os conhecimentos trazidos no presente trabalho. Quanto à abordagem, a metodologia aplicada é denominada qualitativa. Os referenciais foram previamente selecionados com o objetivo de garantir que a pesquisa desenvolvida traga relevantes contribuições para a comunidade, principalmente nas áreas do Direito e da Filosofia.

Quanto aos objetivos do presente trabalho, é classificado como explicativo. O pesquisador pretende desenvolver fundamentos sobre tal discussão debatida anteriormente em diferentes aspectos no campo jurídico. A finalidade é de contribuir com o estudo do tema por meio de argumentos bem fundamentados.

Com isso, quanto ao procedimento desta pesquisa jurídica, é principalmente bibliográfico. Dessa forma, as fontes usadas são escritos doutrinários, normas positivadas e julgados dos tribunais.



1. A IMPORTÂNCIA DOS PARADIGMAS DO DIREITO PARA A INTERDISCIPLINARIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS

Primeiramente, é preciso dizer que os paradigmas do Direito possuem diferenças entre si. Em sua obra, Caio Mário¹ apresenta a ideia de Direito Natural, na qual o Direito teria como norte o ideal de realizar justiça. O Direito Natural recairia sobre a norma legislativa. Ele seria universal e eterno. Estaria presente na vida humana, em todos os tempos e lugares. Se o sentimento do justo se abalasse, a humanidade superaria tal crise e retornaria ao seu caminho. Ela buscaria o ideal de justiça, que residiria na consciência humana.

Segundo o estudioso², desde a Antiguidade, os filósofos pré-socráticos sustentavam haver princípios imutáveis e eternos, como a ideia de justiça. Os romanos também admitiam a eternidade do Direito Natural, considerando como inspiração a tendência crescente de humanização dos princípios jurídicos na evolução histórica do Direito Romano. Com o advento do Cristianismo, os Doutores da Igreja, como São Tomás de Aquino, retomaram a ideia de Direito Natural como de expressão divina e desenvolveram a dualidade de princípios de ordem eterna e de ordem humana. Dessa maneira, exprimem-se critérios de justo absoluto e de Direito ideal.

Michel Mialle³ explica que o Jusnaturalismo pretende buscar a origem e o fim do Direito na natureza. É o primeiro paradigma do Direito. Assim, sua fundamentação se refere à existência e ao valor de regras não escritas, sendo elas superiores à sociedade. O Direito Natural determinaria as regras jurídicas a serem fixadas pelos seres humanos. Isso gera algumas consequências. O estudo de tais regras superiores que regulariam as relações sociais seria parte da ciência jurídica. O pensador da área deveria expor as regras do Direito Positivo e cotejá-las com o Direito Natural.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves⁴, a Escola Histórica e a Escola Positivista possuem foco na realidade concreta moldada pelo Direito Positivo. No século XIX, essa ideia voltou a predominar, sobretudo devido ao movimento neotomista e à ideia neokantiana. É impossível negar que leis anteriores inspiraram o Direito Positivo. Essas leis, apesar de não estarem escritas, teriam presença na consciência das diferentes comunidades.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.8.

² *Ibid.*, p. 9-11.

³ MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*, 2. ed., Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p.43.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.



Caio Mário⁵ explica que a Escola Histórica é contra essa ideia de Direito universal e eterno. Segundo ela, o fenômeno jurídico seria um produto do meio social. Não teria origem no sobrenatural ou na razão humana. Como consequência de fatores históricos de cada país, estaria em contínuo processo de desenvolvimento e evolução.

Por sua vez, segue o estudioso⁶ em seu raciocínio, a Escola Positivista tem outro foco. A realidade concreta do Direito Positivo explicaria e organizaria o mundo jurídico. O Direito consistiria apenas nos mandamentos do legislador ou no complexo de normas estatais. Não haveria espaço para a ideia de sujeição a uma ordem superior. O Direito teria base na força. Seu objeto estaria na realização do anseio por segurança.

Para Dimitri Dimoulis⁷, o Juspositivismo afasta o Direito Natural. Assim, o Direito consistiria nas normas impostas pela vontade política dominante e reconhecidas como válidas pela maioria. Isso independeria de justiça, retidão e adequação à Moral. Não constituiriam normas jurídicas aquelas que não possuíssem capacidade de imposição. Essas seriam somente normas morais, regras de decoro ou desejos pessoais.

A visão positivista, esclarece o autor⁸, superaria problemas da ótica jusnaturalista. O ordenamento jurídico seria composto por normas solucionadoras de casos concretos, não por boas intenções e colocações genéricas. Em meio a conflitos, as normas apresentariam sanções e o Poder Judiciário ponderaria os direitos em debate. O Direito Positivo conseguiria se ajustar às demandas sociais, enquanto o Direito Natural permaneceria estável no tempo e na tradição. O que tornaria válidos mandamentos coincidentes com o Direito Natural no ordenamento jurídico seria a sua correspondência com a vontade do legislador, não por serem considerados justos ou naturais.

De acordo com Noel Struchiner⁹, o Juspositivismo entendido como ceticismo ético representaria uma rejeição explícita à versão fraca da tese jusnaturalista. Segundo tal tese, um sistema normativo não seria classificado como jurídico quando houvesse contradição com princípios morais e de justiça.

⁵ PEREIRA, op. cit., p.10.

⁶ Ibid.

⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 95.

⁸ Ibid., p. 95-96.

⁹ STRUCHINER, Noel. Algumas "proposições fulcrais" acerca do Direito: O debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Org. MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. *Perspectivas atuais de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 400-404.



Por fim, Dimoulis¹⁰ conclui que o Direito teria sido criado para transformar a ordem natural, combater as fatalidades naturais, limitar o poder e civilizar a convivência. Assim, a reivindicação da vinculação à justiça, bem como a prevalência do Direito Natural quando houvesse conflito, seria uma tentativa ideológica de legitimar ou não o Direito vigente com base no apelo emocional e em opiniões subjetivas.

Segundo Luís Roberto Barroso¹¹, o século XX trouxe a superação de algumas concepções do pensamento jurídico clássico do final do século XIX. Essas transformações chegaram ao Brasil principalmente depois da redemocratização. A cultura jurídica pós-positivista embute a ideia de que a solução dos problemas jurídicos não se encontraria integralmente na norma jurídica. Dessa forma, a separação juspositivista entre o Direito e a Moral ou outras áreas do conhecimento, como a Economia e a Psicologia, seria superada. Para construir a solução, o Direito precisaria se aproximar das Filosofias Moral e Política. A primeira tem relação com a busca da justiça e de outros valores. A segunda diz respeito à busca da legitimidade democrática e da promoção do bem comum.

Para o estudioso¹², a doutrina pós-positivista tem inspiração na revalorização da razão prática, termo ligado à obra de Kant. Haveria fundamentação racional acerca da Moral e da justiça. O Direito passaria também a justificar normas, indicar a melhor interpretação do texto normativo e poder definir a norma aplicável ao caso concreto por meio de instrumentos racionais que não se limitariam ao mero conhecimento da lei.

O Pós-positivismo, explica Barroso¹³, tem como alicerce a Teoria da Justiça e a legitimação democrática. Sem afastar o Direito posto, possui como objetivo uma leitura moral das normas jurídicas. Com isso, os valores retornariam à interpretação jurídica, os princípios passariam a ser reconhecidos como normas, a necessidade de argumentação jurídica ressurgiria, uma nova hermenêutica seria construída e uma teoria dos direitos fundamentais seria elaborada com base na dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o Direito se reaproxima da Ética desde a Teoria da Justiça de John Rawls, o que Ricardo Lobo Torres diz se chamar “virada kantiana”, com a presença da fundamentação nos Direitos Humanos, sobretudo na Moral.

¹⁰ DIMOULIS, op. cit., p. 96-98.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto, A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 29, 2015. Disponível em: <<https://publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

¹² Ibid., p. 29-30.

¹³ Ibid.

2. A FUNDAMENTAÇÃO COM O USO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

De acordo com Ronald Dworkin¹⁴, o Positivismo contém algumas proposições centrais e organizadoras. O Direito de uma comunidade seria um conjunto de regras utilizado pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento seria punido pelo Poder Público. Se não houvesse regra jurídica, não haveria obrigação jurídica. Se o caso não estivesse coberto por uma regra, deveria ser decidido por uma autoridade pública. Portanto, ela poderia exercer o seu discernimento sobre o caso.

O autor¹⁵ analisa a ideia de que a autoridade de uma regra possui duas fontes. A primeira delas consistiria na aceitação de um grupo de pessoas como um padrão de conduta. A segunda teria relação com o conceito de validade. Quando uma comunidade desenvolvesse uma regra secundária fundamental que estipulasse como as regras jurídicas seriam identificadas, daria origem a um conjunto específico de regras jurídicas e à ideia de Direito. Essa regra fundamental seria a única do sistema jurídico cuja obrigatoriedade dependeria de sua aceitação. Hart chama de regra de reconhecimento. Quando duas regras conflitassem no caso concreto, uma delas não poderia ser válida. Por sua vez, quando os princípios se intercruzassem, o intérprete judicial levaria em conta a força relativa de cada princípio, segundo a dimensão do peso ou da importância.

Para o estudioso¹⁶, os positivistas sustentariam que, se um caso não fosse coberto por uma regra clara, o juiz deveria exercer seu poder discricionário para solucioná-lo. Ele estaria presente quando alguém estivesse encarregado de decidir nos padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. Seria como um espaço vazio cercado por uma faixa de restrições. A discricionariedade possui três sentidos. No primeiro sentido fraco, os padrões não seriam aplicados mecanicamente, exigindo o uso da capacidade de julgar. No segundo sentido fraco, relaciona-se com uma decisão em última instância, que não poderia ser revista ou cancelada por ninguém. No sentido mais forte, quer dizer que não haveria limitações de tal autoridade por padrões.

Conforme Dworkin¹⁷, os princípios consistiriam em padrões obrigatórios para as autoridades de uma comunidade e regulariam suas decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicas. Se um jurista pensasse no Direito como um sistema de regras, mesmo assim

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 27-28.

¹⁵ *Ibid.*, p. 33-43.

¹⁶ *Ibid.*, p. 49-52.

¹⁷ *Ibid.*, p. 61-62.



reconheceria que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas de acordo com as peculiaridades da lide. Dessa forma, chegaria à teoria do poder discricionário judicial no sentido forte do termo.

O autor¹⁸ comenta sobre o teste fundamental de *pedigree* que deveria ser satisfeito para ser considerada uma regra como jurídica. Contudo, não funcionaria com determinados princípios. A sua origem e manutenção dependeriam da compreensão desenvolvida pelos membros da profissão e pela sociedade ao longo do tempo. Por fim, se os princípios fossem avaliados dessa maneira, rejeitaria a doutrina positivista segundo a qual haveria tal teste, esclareceria um pouco mais acerca do poder discricionário judicial e permitiria que princípios possam gerar uma obrigação jurídica.

Ainda sobre a norma de reconhecimento, Hart¹⁹ diz que possui a importante função de aumentar a segurança na determinação do Direito. As normas e os princípios jurídicos identificados com base na norma de reconhecimento assim como ela própria, muitas vezes possuiriam uma penumbra de incerteza ou textura aberta. Não seriam só nos casos difíceis que os juristas poderiam discordar sobre a resposta juridicamente correta. Nesse caso, a lei não ofereceria resposta em nenhum sentido. Em razão disso, os tribunais precisariam exercer a discricionariedade para conseguir solucionar o litígio.

O estudioso²⁰ afirma que os princípios são amplos e gerais. Nesse sentido, várias normas distintas poderiam ser apontadas como manifestações de um único princípio. Eles geralmente remeteriam a algum objetivo ou atribuição de valor. Sua adoção ou preservação é desejável. Ofereceriam justificação para as normas que os exemplificam. Ademais, os princípios possuiriam um caráter não conclusivo, indicando ou privilegiando uma decisão. Não haveria nada em suas características que impedisse que eles fossem identificados por meio da regra de reconhecimento.

O autor²¹ explica que o Direito limitaria e protegeria a liberdade individual por meio dos direitos e deveres jurídicos. Para tanto, poderia ser usado o maquinário coercitivo do Direito. As leis seriam pontos focais no funcionamento do sistema jurídico. Entretanto, haveria casos não regulamentados juridicamente sobre os quais o Direito não conseguiria fundamentar uma decisão em nenhum sentido. Ele se mostraria parcialmente indeterminado.

¹⁸ Ibid, p. 64-71.

¹⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Tradução por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 324-327.

²⁰ Ibid., p. 335-341.

²¹ Ibid., p. 347-352.



O juiz teria de exercer sua discricionariedade sem comportamentos arbitrários e justificando sua decisão também nesses casos.

Em relação a diversas questões, complementa Barroso²², a solução dos problemas não se encontraria no sistema jurídico. Ela precisaria ser elaborada pelo juiz com o uso de argumentos. Ele formularia juízos de valor e selecionaria uma das soluções coerentes com o ordenamento jurídico. Essa maior participação subjetiva do intérprete judicial é a denominada discricionariedade judicial. Tal conceito se desenvolve no novo paradigma de interpretação jurídica. Houve a superação da ideia na qual caberia ao juiz realizar apenas subsunções dos fatos às normas de forma mecânica. O magistrado contemporâneo, em especial o que trabalha com matéria constitucional, não se restringiria mais a somente essa função.

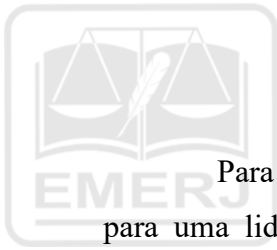
Nos dias atuais, contextualiza o estudioso²³, a interpretação jurídica concederia ao juiz um papel mais proativo. Assim, atribuiria sentido a princípios, concretizaria conceitos jurídicos indeterminados e realizaria ponderações. Além da função técnica de conhecimento jurídico, o magistrado complementaria o ordenamento jurídico com valorações acompanhadas da devida fundamentação. Dessa maneira, a discricionariedade judicial afastaria a ideia de que o juiz seria apenas a boca da lei. Haveria uma dimensão subjetiva na sua atuação. Ela decorreria da compreensão dos institutos jurídicos, do espírito de sua época e da captação do sentimento social.

Ademais, esclarece o autor²⁴, o sentido é distinto do da discricionariedade no âmbito da Administração Pública. O juiz não faria escolhas livres, nem suas decisões seriam essencialmente políticas. Essa constitui uma das diferenças mais importantes entre o pensamento dos positivistas e dos não positivistas, retomando o primeiro capítulo do presente artigo científico. Para a concepção positivista, o ordenamento jurídico forneceria somente um conjunto de possibilidades decisórias legítimas. A escolha de uma dessas possibilidades seria um ato político. Já a concepção não positivista, afastaria esse ponto de vista. O Direito teria fundamento na pretensão de correção moral e de busca da justiça da solução adequada aos parâmetros constitucionais. Em sentido amplo, essa ideia inclui a segurança jurídica, a justiça do caso concreto e a dignidade humana. Dessa forma, os juízes não realizariam escolhas livres, pois seriam pautados por tais valores com bases enraizadas no texto constitucional.

²² BARROSO, op. cit., p. 32-33.

²³ Ibid., p. 33.

²⁴ Ibid.



Para Barroso²⁵, um intérprete judicial jamais poderia concluir que não há solução para uma lide. Em determinados casos difíceis, não haveria uma resposta objetivamente correta, mas sempre haveria uma resposta subjetivamente correta. Existiria uma única solução justa, correta e constitucionalmente adequada. O magistrado possui deveres de integridade e coerência, não podendo ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes do caso com suas respectivas premissas. Logo, um juiz não teria liberdade para escolher de acordo com suas simpatias, seu estado de espírito ou suas opções estratégicas de vida.

3. A IMPORTÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO PARA A LEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

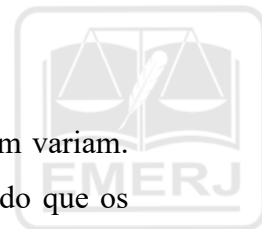
Conforme Boaventura de Sousa Santos²⁶, as funções dos tribunais possuem uma evolução histórica do seu significado sociopolítico na sociedade. Sob o olhar da Sociologia Judiciária, uma de suas principais funções é ser um mecanismo de resolução de litígios. Quanto a isso, a Justiça Civil seria um bom exemplo. Nas sociedades contemporâneas, os tribunais desempenhariam funções instrumentais, políticas e simbólicas. As primeiras estão relacionadas à eficácia dentro dos limites de seu campo de atuação social. As segundas contribuem para a manutenção do sistema político. Por fim, as últimas são o conjunto de orientações sociais que auxiliam a manutenção ou modificação do sistema social.

As funções instrumentais dos tribunais, explica o autor²⁷, são a resolução de litígios, o controle social, a administração e a criação do Direito. O controle social é o conjunto de medidas adaptadas em sociedade para que as ações individuais não se desviem do padrão dominante. Contribui especificamente para a manutenção da ordem social e para a sua restauração se for violada. A resposta foi encontrada no Direito, com uma normatividade universal e coerente com os novos objetivos de desenvolvimento da sociedade. Os tribunais ficaram encarregados de solucionar as lides, o que é conseqüentemente uma função de controle social. Um exemplo seria a Justiça Penal, na qual o padrão de sociabilidade dominante é reafirmado perante o comportamento desviado. Ademais, há uma prevenção de tais comportamentos.

²⁵ Ibid., p. 35.

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, p. 55. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>> Acesso em: 11 out. 2020.

²⁷ Ibid., p. 55-56.



De acordo com o estudioso²⁸, as funções instrumentais dos tribunais podem variar. Há funções administrativas, como o conjunto dos atos de certificação e de notariado que os tribunais realizam por obrigação legal em situações que não são litigiosas. Conforme o país, os juízes podem ser chamados a exercer funções de auditoria, de consultoria jurídica ou de magistratura de autoridade em ministérios ou departamentos da Administração Pública. São resquícios dos tempos em que as atividades judiciais eram exercidas em conjunto com as atividades administrativas.

Segundo Boaventura²⁹, a função de criação do Direito por parte dos tribunais é a mais polêmica, sobretudo nos países de tradição jurídica europeia continental. Até mesmo nos países da *common law*, há debates sobre o declínio da função de criação do Direito pelos tribunais em favor do Poder Executivo. Contudo, na prática, há muita criação do Direito pelos tribunais nos países de *common law* ou *civil law*. Ela é intersticial e surge se a subsunção lógica não for o suficiente. Situações intensificadoras como a normatividade negociada; o uso frequente de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios de boa-fé e de equidade; e a ação do juiz mais como mediador do que como julgador fazem com que se atenuem ou sejam cada vez mais permeáveis as fronteiras entre a criação e a aplicação do Direito.

O autor³⁰ pontua que os tribunais criariam o Direito de maneira intersticial principalmente na resolução de litígios. Nessa função, exerceriam um controle social com a afirmação de uma normatividade que deixaria de depender da vontade das partes. Por exemplo, na Justiça Penal, há uma dimensão de resolução de litígio não só entre o acusado e a sociedade, mas também entre ele e a vítima. Cabe lembrar que existem as funções políticas e as simbólicas. As primeiras decorrem do fato de os tribunais serem um dos órgãos de soberania, interagindo com o sistema político e o integrando. A função de controle social também é uma função política.

Para o estudioso³¹, as funções instrumentais e as políticas possuem dimensões simbólicas que variariam em relevância segundo a análise do caso concreto. A função de controle social seria a que tem maior componente simbólico. A Justiça Penal atua sobre comportamentos que se desviam de valores reconhecidos como importantes para a convivência em sociedade. A garantia da proteção desses valores por parte dos tribunais gera confirmação simbólica. É preciso esclarecer que a maior eficácia simbólica dos tribunais tem origem na imparcialidade, na igualdade formal, na possibilidade de recorrer e em demais

²⁸ Ibid., p. 57.

²⁹ Ibid., p. 57-58.

³⁰ Ibid., p. 58-59.

³¹ Ibid., p. 61-62.



direitos e garantias processuais. Dessa maneira, o Direito processual é tão importante quanto o Direito substantivo.

De acordo com Barroso³², após a Segunda Grande Mundial, a ascensão do Poder Judiciário tornou-se um fenômeno universal. A sua independência é importante para a preservação dos direitos fundamentais e das instituições democráticas. No Brasil, com a Constituição de 1988, o Judiciário começou a se tornar um verdadeiro Poder político. Na redemocratização, com a ampla judicialização das relações sociais, os juízes e tribunais foram convocados a atuar devido ao aumento da demanda por justiça.

É necessário pontuar que, segundo o autor³³, houve a superação do formalismo jurídico. O pensamento jurídico clássico tinha duas premissas: a norma jurídica era a expressão da razão e de justiça imanente; e o Direito se concretizava com a operação lógica e dedutiva de subsunção dos fatos à norma. Ao longo do século XX, consolidaram-se os entendimentos de que o Direito seria a expressão de interesses dominantes em dado momento e lugar; e que a solução para os litígios poderia não se encontrar pré-pronta no ordenamento jurídico, tendo que ser construída pelo intérprete por meio da argumentação.

Conforme entendimento do estudioso³⁴, o constituinte e o legislador não seriam capazes de prever todas as situações da vida, formulando respostas claras e objetivas. A norma não corresponderia somente ao enunciado abstrato do texto. Ela seria produto da interação entre texto e realidade. Em razão disso, há muitas constituições compromissórias com princípios que tutelam diferentes interesses e o uso de normas de textura aberta, que têm seus sentidos concretos estabelecidos por meio da interação com fatos subjacentes. Nesse sentido, o constituinte ou o legislador acabaria transferindo a decisão final de muitas questões ao juízo valorativo do julgador, fazendo permearem as fronteiras entre legislação e jurisdição.

Para Barroso³⁵, em casos difíceis, não existiriam respostas pré-prontas à disposição do intérprete. Eles poderiam ser provenientes de conceitos jurídicos indeterminados, divergências sobre certos temas ou colisões entre princípios. A solução seria construída pelo juiz com argumentos encadeados de forma lógica, à luz dos parâmetros normativos, das circunstâncias do caso concreto, dos precedentes judiciais e às vezes de aspectos externos ao ordenamento jurídico. Na verdade, não seria uma criação judicial do Direito, já que a argumentação tem o seu sentido construído com base no próprio ordenamento. Nesse sentido, foram criados ou refinados vários institutos jurídicos, como a normatividade de princípios, o

³² BARROSO, op. cit., p. 28-29.

³³ Ibid., p. 29.

³⁴ Ibid., p. 29-31.

³⁵ Ibid., p. 32.



uso da técnica da ponderação para resolver eventual colisão entre eles e a importância da argumentação jurídica.

Para lidar com a colisão entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais, conclui o estudioso³⁶, os tribunais constitucionais em geral usam da técnica da ponderação, valorando elementos do caso concreto para a produção da melhor solução sob a luz da vontade constitucional para aquela situação. Diversas respostas possíveis disputariam a escolha pelo intérprete judicial. A decisão judicial não se limitaria a aplicar uma solução que já se encontra inscrita no ordenamento pelo constituinte ou pelo legislador. Como o juiz se tornou coparticipante da criação do Direito, a legitimação da sua decisão estaria na argumentação jurídica, ao demonstrar racionalidade, justiça e adequação ao texto constitucional. A legitimidade da decisão estaria intrinsecamente ligada à capacidade do intérprete judicial de convencer o auditório a que se dirige de que aquela seria a solução justa e correta.

CONCLUSÃO

De acordo com os autores citados ao longo do texto, pode-se chegar a algumas conclusões. O Direito Natural estaria presente na consciência humana e em todos os tempos e lugares. Dessa forma, a sociedade buscaria o ideal de justiça. O Jusnaturalismo busca a origem e o fim do Direito na natureza, conforme regras não escritas e superiores à sociedade. A ciência jurídica as estudaria e as cotejaria com o Direito Positivo.

Para a Escola Positivista, o Direito consistiria em normas impostas pela vontade política dominante e reconhecidas como válidas pela maioria. O ordenamento jurídico seria composto por normas solucionadoras de casos concretos. Elas apresentariam sanções e o Poder Judiciário ponderaria os direitos em debate. Nesse sentido, o Direito Positivo conseguiria se ajustar às demandas sociais. O Direito teria sido criado para transformar a ordem natural, combater as fatalidades naturais, limitar o poder e civilizar a convivência.

Por sua vez, o Pós-positivismo estabelece que a solução dos problemas jurídicos não se encontraria integralmente na norma jurídica. Dessa maneira, outras áreas do conhecimento contribuiriam para a definição da norma aplicável ao caso concreto. O Direito passaria também a justificar normas e a indicar a melhor interpretação do texto normativo. Sem afastar o Direito posto, haveria uma leitura moral das normas jurídicas. Nesse sentido, os valores

³⁶ Ibid.



retornariam à interpretação jurídica, os princípios passariam a ser reconhecidos como normas, a necessidade de argumentação jurídica ressurgiria, uma nova hermenêutica seria construída e uma teoria dos direitos fundamentais seria elaborada com base na dignidade da pessoa humana.

As regras e os princípios jurídicos poderiam possuir uma penumbra de incerteza ou textura aberta. A lei não ofereceria resposta em nenhum sentido. Em razão disso, o juiz precisaria exercer a discricionariedade para conseguir solucionar o litígio, sem comportamentos arbitrários e justificando sua decisão também nesses casos. Ele usaria argumentos, formularia juízos de valor e selecionaria uma das soluções coerentes com o ordenamento jurídico. Haveria uma relação com a superação da ideia na qual caberia ao juiz realizar apenas subsunções dos fatos às normas de forma mecânica.

Atualmente, a interpretação jurídica concederia ao juiz um papel mais proativo. Atribuiria sentido a princípios, concretizaria conceitos jurídicos indeterminados e realizaria ponderações. Contudo, o magistrado seria pautado por valores constitucionais como a segurança jurídica, a justiça do caso concreto e a dignidade humana. Ademais, o juiz possui deveres de integridade e coerência, não podendo ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes do caso com suas premissas.

A norma não corresponderia somente ao enunciado abstrato do texto. Ela seria produto da interação entre texto e realidade. Ao tutelar diferentes interesses e usar normas de textura aberta, o constituinte ou o legislador acabaria transferindo a decisão final de muitas questões ao juízo valorativo do julgador, fazendo permear as fronteiras entre legislação e jurisdição.

Em casos difíceis, não existiriam respostas pré-prontas à disposição do intérprete. A solução seria construída pelo juiz com argumentos encadeados de forma lógica, à luz dos parâmetros normativos, das circunstâncias do caso concreto, dos precedentes judiciais e às vezes de aspectos externos ao ordenamento jurídico.

A decisão judicial não se limitaria a aplicar uma solução que já se encontra inscrita no ordenamento pelo constituinte ou pelo legislador. Como o juiz se tornou coparticipante da criação do Direito, a legitimação da sua decisão estaria na argumentação jurídica, ao demonstrar racionalidade, justiça e adequação ao texto constitucional. A legitimidade da decisão estaria ligada à capacidade do juiz de convencer o auditório a que se dirige de que aquela seria a solução justa e correta.

REFERÊNCIAS

AREAL, Mônica Cavalieri Fetzner; FETZNER, Néli Luiza Cavalieri; TAVARES JUNIOR, Nelson Carlos. *Normas para a elaboração e a apresentação dos trabalhos de conclusão de curso*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/cursos/corso_especializacao/direitopublicoeprivado/2020/caderno-de-normas-julho2020.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto, A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 25-50, 2015. Disponível em <<https://publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Tradução por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*, 2. ed., Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>> Acesso em: 11 out. 2020.

STRUCHINER, Noel. Algumas "proposições fulcrais" acerca do Direito: O debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Org. MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. *Perspectivas atuais de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.



ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E O CRIME DO COLARINHO BRANCO NA ESTRUTURA DO ESTADO: LAVAGEM DE DINHEIRO E OCULTAÇÃO DE BENS

Josemar Pereira da Silva

Graduado pelo Centro Universitário Augusto Motta. Advogado.

Resumo – o presente artigo tem como finalidade uma revisão bibliográfica sobre a organização criminosa e crime do colarinho branco, abordando seus efeitos na estrutura do Estado, lavagem de dinheiro e ocultação de bens. Abordam-se as práticas do crime organizado que contribuem para a corrosão da base da gestão pública e privada em seu Estado de Direito. Os crimes de corrupção representam uma ameaça para a estabilidade e segurança jurídica, viabilizando fatores prejudiciais para o desenvolvimento político, econômico e social. Como resultados esperados, verificam-se a necessidade da implementação das ações no combate às práticas corruptivas contra o crime organizado, bem como contra os crimes de colarinho branco, mediante ações de formas preventivas.

Palavras-chave – Crime organizado; Colarinho branco; Corrupção; Lavagem de dinheiro.

Sumário – Introdução. 1. A organização criminosa como estrutura para prática de lavagem de dinheiro e ocultação de bens. 2. A relevância da corrupção no ordenamento pátrio. 3. Lavagem de dinheiro e evasão de divisas: crimes de colarinho branco. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consubstancia-se no estudo do modelo de organização criminosa introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 12.850/13, em perspectiva com outras figuras delituosas de tipo associativo previstas no direito penal brasileiro. À luz dos princípios norteadores da teoria do garantismo penal, busca-se promover análise crítica de aspectos dogmáticos da “organização criminosa do colarinho branco” perpetuada na estrutura do estado brasileiro.

É importante reforçar aqui que também se busca discutir a evolução legislativa no tocante ao combate criminalidade organizada no Brasil, porém, com maior ênfase ao estudo da Lei nº 12.850/2013, intitulada Lei do crime organizado, sem deixar de mencionar a doutrina e a jurisprudência.

Dentro desse contexto de organização criminosa na estrutura do Estado, não se pode deixar de falar sobre os meios e os fins empregados por seus membros, como o uso e a ocultação do patrimônio ilícito oriundo dos cofres públicos, o uso de pessoas interpostas para lavagem dos bens.



A legislação brasileira dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, que vai da corrupção ativa, passiva, lavagem de dinheiro até a ocultação de ativos em paraíso fiscal em países estrangeiros.

Do ponto de vista econômico e financeiro, ao se acessar um computador ligado a uma rede interligada à internet, sem nenhuma dificuldade, é possível transferir fundos, realizar investimentos e uma série de outras operações bancárias e financeiras, por meio do sistema *home banking* e sem a necessidade de ter que sair de casa. Entretanto, o Poder Legislativo tem criado mecanismos para dificultar a atuação dessas Organizações criminosas, sendo um dos mais recentes avanços a edição da Lei nº 12.850/13.

Contudo, essa fantástica invenção humana também acabou sendo utilizada pelos criminosos e fomentando a criminalidade organizada mundialmente. Com a finalidade de tornar legítimo o capital obtido de maneira ilícita, o dinheiro passa através da ordem econômico-financeira e acaba por servir de estímulo ao cometimento de crimes como tráfico de entorpecentes e de armas, extorsão, corrupção, sequestro, terrorismo, dentre outros.

Todavia, aqui também será objeto do estudo a maneira como iniciou e evoluiu o crime “organizado”. No início dos anos 80, para a configuração do crime de Lavagem de Capitais, era necessário que os bens e capitais fossem provenientes de um crime antecedente em especial: o tráfico de drogas. Já em uma segunda geração, ainda nos anos 80, os crimes antecedentes passaram a ser o tráfico de drogas e os crimes a ele conexos.

Ademais, no Brasil, pode-se falar em uma terceira geração, nos anos 90, que trouxe um rol de crimes antecedentes não necessariamente conexos ao tráfico de drogas. Em uma quarta geração, a partir de 2000, passou a não haver limitação quanto aos crimes antecedentes para a configuração da Lavagem de Bens e Capitais.

O presente trabalho demonstrará o conceito e origem da expressão “lavagem de dinheiro”, e como as medidas assecuratórias são relevantes para o combate à corrupção, prevenção e repressão ao referido crime, bem como dissertará sobre a criminalização da lavagem de capitais e sobre uma nova política de prevenção e repressão da atividade criminal, pois não o basta para prevenir ou reprimir o crime a imposição de pena privativa de liberdade ao criminoso: o essencial é privar o criminoso dos ganhos decorrentes de sua atividade criminosa.

A expressão “Lavagem de Dinheiro” então passou a ser utilizada para “designar” o dinheiro ilícito com aparência de lícito, ou seja, o dinheiro sujo, transformado em dinheiro limpo, ou ainda, o dinheiro frio convertido em dinheiro quente, com a ocultação de sua “verdadeira origem”.



1. A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COMO ESTRUTURA PARA PRÁTICA DE LAVAGEM DE DINHEIRO E OCULTAÇÃO DE BENS

A definição de crime organizado deve ir muito além daquela estipulada na introdução, de modo que a sociedade passou a dissipá-la. Um grande equívoco é associar o crime organizado à simples definição do art. 288 do Código Penal. O crime organizado é muito mais complexo do que uma quadrilha ou um bando. No entanto, é perceptível que essa modalidade criminosa se estrutura em todos os setores da sociedade. Há um tempo atrás, já foi costume chamar de “poder paralelo”, no sentido, porém, de um Poder que está lado a lado com a sociedade, mas não um Poder que se associa e mistura-se com cidadãos vistos num primeiro momento como íntegros ou possuidores de fé pública.

Os autores que estudaram o fenômeno da lavagem de dinheiro apresentam cada um o seu conceito, pois o termo “lavagem de dinheiro” não tem demasiado rigor científico. A lavagem de dinheiro tem sido definida como “o uso de dinheiro proveniente de atividade ilegal pela ocultação da identidade dos indivíduos que o obtiveram e pela sua conversão em bens que aparentem vir de uma fonte legítima”.

Para Gomez Iniesta¹, citado por Callegari, lavagem de dinheiro é:

[...] a operação através da qual o dinheiro de origem sempre ilícita (procedente de delitos que se revestem de especial gravidade) é investido, ocultado, substituído ou transformado e restituído aos circuitos econômico-financeiros legais, incorporando-se a qualquer tipo de negócio como se fosse obtido de forma lícita [...].

Ruiz Vadillo² diz que o fenômeno que reconduz esse capital “obtido como consequência de delitos ao sistema econômico-financeiro oficial, de tal forma que possa incorporar-se a qualquer tipo de negócio como se fosse obtido de forma lícita e tributariamente correta.”

Define Diaz-Maroto³ o fenômeno da lavagem de dinheiro como “o processo ou conjunto de operações mediante as quais os bens ou o dinheiro resultante de atividades delitivas, ocultando tal procedência, integram-se no sistema econômico ou financeiro.” O conceito de lavagem de dinheiro para Diez Ripólles⁴ vem a ser:

¹INIESTA apud CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro: aspectos Penais da Lei 9.613/98*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

²VADILLO apud CALLEGARI, op. cit., p. 109.

³DIAZ-MAROTO apud CALLEGARI, op. cit., p. 65.

⁴RIPOLLÉS apud CALLEGARI, op. cit., p. 66.

[...] procedimentos pelos quais se aspira a introduzir no tráfico econômico-financeiro legal os grandiosos benefícios obtidos a partir da realização de determinadas atividades delitivas especialmente lucrativas, possibilitando assim um desfrute daqueles juridicamente inquestionáveis [...].

Fabián Caparrós⁵ refere-se à lavagem como:

[...] o processo que tende a obter a aplicação em atividades econômicas lícitas de uma massa patrimonial derivada de qualquer gênero de condutas ilícitas, com independência de qual seja a forma que essa massa adote, mediante a progressiva concessão à mesma de uma aparência de legalidade [...].

No Brasil não há definição doutrinária específica para tal em razão de normalmente se seguir um conceito baseado na tipicidade penal, qual seja, a lavagem é a ocultação de bens, direitos ou valores que sejam oriundos de determinados crimes de especial gravidade⁶.

Isso porque embora se tenha popularizado a expressão “lavagem de dinheiro”, a legislação brasileira não se apega somente a tipificar ações de lavagem de “moeda” e sim, incluiu na repressão o combate à ocultação de outros ativos tais como bens, direitos e valores. Aliás, a lei não menciona expressamente o termo “dinheiro” porém este se inclui como espécie no contexto da ocultação do gênero “bens”⁷.

Para definir o crime organizado é preciso entender o próprio sistema econômico e político no qual está inserido. Para isso, é preciso deixar de lado muitos paradigmas históricos sobre a divisão entre a sociedade e o crime, pois os dois se entrelaçam, mesmo chocando-se em alguns momentos, principalmente porque a criminalidade organizada apresenta uma estrutura e funcionamento bem peculiares.

Sobre o funcionamento do crime organizado, Miguel Reale Júnior⁸ afirma o seguinte:

[...] ressaltam-se como notas configuradoras da delinquência organizada a estrutura hierárquica com linha de comando centralizada; capacidade de incorporação e de substituição imediata de seus integrantes; atividade comprometida com a prática simultânea de diversos e graves delitos; inversão em alta tecnologia para consumir delitos; pessoal qualificado; conexão com altas esferas financeiras, políticas e sociais; sistemas coercitivos, com rígidos códigos de conduta e de lealdade; alta capacidade de corrupção; utilização de meios lícitos para encobrir suas ações e legitimar sua

⁵CAPARRÓS apud CALLEGRI, op. cit, p. 66.

⁶BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 5.

⁷Ibid, p. 45.

⁸REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 184.



receita; grandes capitais e capacidade de celebrar alianças em nível internacional com outras organizações criminosas [...].

A citação de Reale Júnior⁹ complementa o que foi falado no item anterior, até porque é através da análise de seu funcionamento que pode-se distinguir o delito produzido pelo crime organizado e o produzido por uma quadrilha comum.

Não é demais ressaltar que, segundo Marcelo Batlouni Mendroni⁹, é impossível definir com completa precisão a definição do que é organização criminosa através de conceitos escritos ou de exemplos de condutas criminosas. Justificando seu raciocínio da seguinte forma:

[...] as Organizações Criminosas, valendo-se dos pontos frágeis e mais vulneráveis do Estado, e detendo incrível poder variante, formam aí sua base territorial, nos espaços físicos onde melhor possam tirar proveito. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez que, quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la à realidade – aos anseios da sociedade –, já estará alguns anos em atraso. E assim ocorrerá sucessivamente [...].

Já Jean Ziegler¹⁰ afirma que o crime organizado materializa-se quando uma associação ou instituição com objetivos definidos tem o seu funcionamento análogo a um empreendimento capitalista. O autor continua e diz que a instituição criminosa faz uma segmentação minuciosa dos trabalhos a serem executados; procura realizar ações recíprocas de interesses com agentes do governo, arruma conjuntos hierárquicos formados inteiramente fechados, diminuindo possibilidades de falhas e traições que desmantelem toda a estrutura. Em regra, os membros desse tipo de organização se aparelham e se estruturam de modo que, além de dificultar a persecução penal, asseguram a continuidade no exercício de sua atividade ilícita e a obtenção de vantagens e benefícios gigantescos.

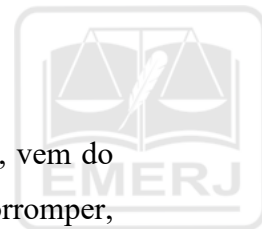
2. A RELEVÂNCIA DA CORRUPÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O conceito de corrupção é amplo, além de encontrar, dentre os estudiosos do tema, divergência quanto à sua definição. Por isso será buscado o sentido, que sofre alteração no tempo e espaço, também como um agrupamento de práticas variadas, privilegiadas, principalmente no campo administrativo e político.

Para melhor compreensão do instituto da corrupção, torna-se necessário entender o seu significado. De uma forma simples e objetiva, esse termo pode ser compreendido como

⁹MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9-10.

¹⁰ZIEGLER, Jean. *Senhores do crime*. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 26.



sinônimo dos substantivos depravação e devassidão. O primeiro termo (depravação), vem do verbo depravar, configura-se em provocar um estrago, alteração, isto é, uma ação de corromper, podendo ser no sentido físico ou moral. Já no segundo termo (devassidão), supõe-se uma depravação de seus costumes, construída somente pela corrupção moral. Sendo assim, o termo “corrupção” pode ser traduzido como ação de apodrecer, estragar. A “corrupção” resulta na falta de honestidade, justo o que mais deveria estar enraizado para uma boa gestão e desempenho das funções públicas¹¹.

O termo “corrupção” é definido de forma conceitual na visão de Norberto Bobbio¹²:

[...] corrupção é uma forma particular de exercer influência: influência ilícita, ilegal e ilegítima. Em ambientes estavelmente institucionalizados, os comportamentos corruptos tendem a ser, ao mesmo tempo, menos frequentes e mais visíveis em ambientes de institucionalização parcial ou flutuante. A corrupção não está ligada apenas ao grau de institucionalização, à amplitude do setor público e ao ritmo das mudanças sociais; está também relacionada com a cultura das elites e das massas. Depende da percepção que tende a variar no tempo e no espaço [...].

Entende-se que a Administração Pública tem seus limitadores, isto é, que não está livre para realizar ou deixar de fazer algo conforme com a vontade do governante apenas, devendo a mesma obedecer à lei em toda a sua atuação. Na administração pública não se busca o lucro como prioridade em uma gestão, mas sim o melhor atendimento a sociedade em geral¹³.

Na visão da jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴, que define a Administração Pública como “atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público para consecução dos interesses coletivos”.

Na administração pública apresentam-se flagrantes aos descumprimentos das leis por parte das fazendas públicas (Federais, Estaduais e Municipais), assim como são várias as inobservâncias da ordem normativa por parte do judiciário, que por vezes toma decisões eminentemente políticas. Diante desse quadro impõe-se na Administração Pública, busca-se realizar as formas de arrecadação tributária, a observância dos limites que a ordem constitucional lhe impôs, especialmente com relação aos direitos subjetivos públicos dos indivíduos e suas garantias, tidos como direito fundamental, para que assim haja a concretização do princípio da segurança jurídica¹⁵.

¹¹FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 25.

¹²BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: UNB, 2007, p. 291-292.

¹³Ibid, p. 293.

¹⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 53.

¹⁵MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 122.



Verifica-se que a corrupção, na gestão pública brasileira, tornou-se como uma das principais causas das desigualdades sociais, afetando a ordem pública, concomitantemente às condições econômicas e financeiras de toda uma população.

Deve ser considerada ainda, que apenas reduzir a sua incidência quando o controle preventivo e repressivo é ampliado, e os delitos cometidos contra a administração pública devem ser praticados por aqueles que detêm o poder, viabiliza o acesso aos instrumentos mais eficazes para atuarem criminalmente, e ainda há facilidade de não deixarem vestígios¹⁶.

Percebe-se, claramente, que a corrupção é fenômeno de difícil conceituação, motivo pelo qual os autores apresentam inúmeros elementos para a sua análise e enfoques diversos, no sentido de tornar mais clara a delimitação deste fenômeno que, no caso brasileiro acompanha o país desde o período colonial.

3. LAVAGEM DE DINHEIRO E EVASÃO DE DIVISAS CRIMES DE COLARINHO BRANCO

Em 03 de março de 1998, o então Senador Romeu Tuma comunicou ao Plenário que a nação brasileira finalmente havia cumprido o compromisso internacional de tornar a lavagem de dinheiro um crime autônomo, com o advento da Lei nº 9.613¹⁷, mediante sanção do Presidente da República, na presença dos Senadores Levy Dias e Vilson Kleinübing, do Deputado Arnaldo Madeira, e de autoridades do Banco Central. Acresceu o Senador comunicante que, durante investigações de precatórios, constatou-se que no país funcionava uma grande lavanderia em conexão com estabelecimentos paraguaios e estadunidenses, frisando, por fim, que a agenda anual no congresso enfatizaria o combate ao crime organizado.

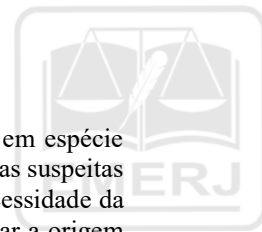
Aliado a isso, imperioso é o destaque para a ratificação da Convenção de Viena de 1991 ao ordenamento nacional por meio do Decreto 154/91, com o propósito, como visto, de criminalizar a lavagem do patrimônio resultado do tráfico ilícito de entorpecentes, consoante expõe Renato Brasileiro Lima¹⁸:

[...] de certa forma, evidenciada a ineficácia do direito penal em coibir a atividade primária de tráfico de drogas, a criminalização da lavagem de capitais surge, então, como importante meio de se controlar os fluxos financeiros provenientes daquela

¹⁶BARBOSA, Radamero Apolinário. *Improbidade administrativa*: o que vem a ser e como deve ser feito o seu controle. Âmbito Jurídico, 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7521>. Acesso em: 05 nov. 2020.

¹⁷BRASIL. *Lei nº 9.613*, de 03 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 05 nov. 2020.

¹⁸LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 280.



atividade ilícita. Afinal de contas, para o crime organizado, o dinheiro em espécie representa grande entrave, em virtude do volume físico que ocupa, além das suspeitas que desperta em operações de valor elevado. Surge exatamente daí a necessidade da lavagem desse capital, criando para o Estado a oportunidade de identificar a origem criminosa desses valores, adotando medidas de modo a impedir seu aproveitamento pelo crime organizado ou mesmo inserção na economia legal, com disfarce de licitude [...].

Nesse diapasão, tratando-se de legislação cujo projeto emanou do Poder Executivo (Projeto de Lei 2.688-A/1996), o Ministério da Justiça corroborou a justificativa de que o referido se constituiu na execução nacional de compromissos internacionais assumidos pelo país, a começar pela Convenção de Viena. Argumentou também que, sob a perspectiva interna, a defesa do Estado legitimou a criminalização da lavagem de dinheiro como entidade típica autônoma. Quanto ao ponto, é possível denotar que a obrigação assumida pela Brasil diante da ratificação da Convenção de Viena, pelo Decreto nº 154/991 – determinando a adoção de medidas estabelecidas contra o tráfico de drogas e lavagem de dinheiro – veio a ser cumprida de forma tardia, sete anos depois, como o advento da Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998¹⁹.

Em tramitação, parecer lavrado pela Comissão de Finanças e Tributação, de relatoria do Deputado Arnaldo Madeira, destacou-se a necessidade da criminalização da conduta em comento, tendo em vista o fenômeno de globalização e abertura de mercados internacionais atinentes ao avanço do país²⁰:

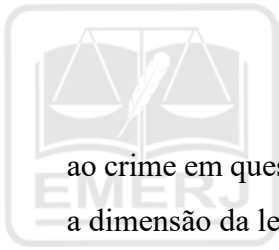
[...] inicialmente, não podemos deixar de registrar a importância da iniciativa do Poder Executivo. A abertura dos mercados, especialmente o financeiro, e a diversificação de produtos e serviços, ocorridas nos últimos anos, criaram novas oportunidades para a prática dos crimes de lavagem de dinheiro. Assim, torna-se necessária a caracterização destes crimes como ilícito penal autônomo, com penas e procedimentos processuais específicos. Faz-se também necessária a edição de um elenco de procedimentos preventivos, a serem executados conjuntamente pelo Estado e por todos os segmentos do mercado. Assim, devemos ressaltar a premissa básica do projeto, que é o envolvimento de toda a sociedade na tarefa de combater os crimes de lavagem de dinheiro. [...].

Outrossim, diante da aprovação do Projeto de Lei pela Câmara dos Deputados, em 13/09/1997, o presidente da Casa, Michel Temer, registrou o êxito na aprovação de norma da maior relevância, realizada com apoio de todas as correntes partidárias²¹. A se crer em sua ementa, a Lei nº 9.613/1998 instituiu um novo tipo penal intitulado de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, com o objetivo de resguardar o sistema financeiro nacional, criar um órgão colegiado governamental com o escopo de fiscalizar as atividades financeiras vulneráveis

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 17.

²⁰BRASIL. *Parecer lavrado pela comissão de finanças e tributação*. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01ABR1997.pdf#page=67>>. Acesso em: 06 nov. 2020.

²¹Ibid.



ao crime em questão – o COAF. face à estruturação em nove capítulos, o referido autor atribuiu a dimensão da legislação – que abarca diversos ramos jurídicos – à complexidade do crime²²:

[...] assim – o que é inevitável ao tratar-se do complexo fenômeno regulado –, constatamos tratar-se de uma lei que envolve distintos ramos jurídicos, contendo dispositivos que remetem a matérias de Direito Penal Especial (Capítulo I, art. 1º), Direito Processual Penal (Capítulo II, arts. 2º a 6º), Direito Penal Geral (Capítulo III, art. 7º), Direito Penal Internacional (Capítulo IV, art. 8º) e Direito Administrativo, Financeiro e Comercial (demais dispositivos), todos objetivando assegurar a efetividade do tipo penal constante do art. 1º e suas derivações. [...].

No que se refere ao método legislativo especial (criação de figura penal especial) adotado pelo ordenamento pátrio, Oliveira²³ indigita ponto negativo e positivo. Discorre que, de um lado, a tendência contemporânea de lei especial permite, através do texto autônomo, atingir exaustivamente todo o âmbito da matéria, de modo a concentrar em um único diploma a tipificação e os demais aspectos dela decorrentes.

Não obstante as alterações resultantes da Lei nº 12.683/2012, a Lei nº 9.613/1998²⁴, quando da sua criação caracterizou o delito de lavagem de dinheiro levando em consideração um rol taxativo de crimes antecedentes, e assim elencou, em cinco parágrafos, condutas equiparadas ao tipo penal do *caput*, bem como causas de aumento ou diminuição da sanção e seu resguardo.

Vê-se que o art. 1º, de I a VII, descreve os potenciais delitos que antecedem a conduta de lavagem. Basicamente, são crimes de especial gravidade – de grande potencial lesivo – que, em geral, produzem importantes quantidades de dinheiro ilícito, que necessita ser reintroduzido no normal circuito econômico²⁵.

O Brasil, em decorrência alta carga tributária, e do peso que está representada no cotidiano dos empreendedores e das pessoas físicas, diuturnamente precisa lidar com problemas relacionados ao recolhimento de tributos, principalmente porque, no afã de economizar com a obrigação perante o fisco, manobras são adotadas para minorar, retardar ou mesmo obstar o pagamento de tributos.

Nesse contexto, as práticas de evasão fiscal, que consistem, em apertada síntese, na prática consistente e voluntária do agente que, por meios ilícitos, fraudulentos ou simulatórios busca eliminar, reduzir ou retardar o pagamento de tributos devidos ao fisco²⁶. Trata-se,

²²BRASIL, op. cit., nota 20.

²³OLIVEIRA apud LIMA, op. cit., p. 285.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 20.

²⁵OLIVEIRA apud LIMA, op. cit., p. 286.

²⁶HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de renda das empresas: interpretação e prática*. 40. ed. São Paulo: IR Publicações, 2013, p. 154.



portanto, de prática ilícita e que se configura na prática de condutas fraudulentas, realizadas após a ocorrência do fato gerador, representadas, principalmente, nas figuras da sonegação e simulação, com o objetivo de não pagar o tributo devido²⁷.

Detalhando-se um pouco mais sobre a evasão de divisas, conforme já elucidado anteriormente, trata-se de prática ilícita, a qual está tipificada na Lei nº 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências, também chamada de “Lei do Colarinho Branco”.

Conforme o art. 22 da lei nº 7.492/86²⁸, *in verbis*:

Art. 22 – Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Mesmo que se entenda que o delito *caput* deste art. 22 é crime comum, conclui-se, à luz do seu tipo objetivo, e sem qualquer sombra de dúvidas, que a compra de dólares ou euros, ainda que no câmbio paralelo, para guardar a moeda estrangeira em cofres de bancos ou residências, aqui no Brasil, não configura o crime. O delito não é efetuar operação de câmbio com pessoa não autorizada pelo Banco Central, mas sim efetuar operação não autorizada com o fim de enviar dinheiro para o exterior. Exige-se que se cumpra objetivo específico, qual seja: o fim de promover evasão de divisas do País²⁹.

Essa conduta de tão só adquirir a moeda no câmbio paralelo não satisfaz o preceito normativo punitivo e, portanto, nele não se subsume, pois não se enquadra nesse tipo penal do artigo 22 da Lei nº 7.492/86 ou qualquer outro nela previsto. Exige-se, também, o elemento subjetivo, ou seja, a) a vontade de operar o câmbio com finalidade específica, qual seja, de promover evasão de divisas do País (*caput* do art. 22) ou b) promover, sem autorização, a saída de moeda ou divisa para o exterior e c) manter depósitos não declarados à repartição federal competente no exterior (parágrafo único do art. 22)³⁰.

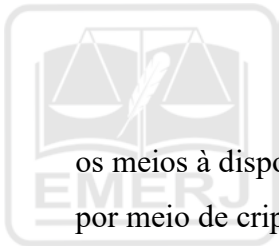
Ao mesmo tempo em que avançam as formas de intercambiar mercadorias, rompendo fronteiras e proporcionando facilidades aos cidadãos, também evoluem as variantes delitivas,

²⁷GERMANO, Livia de Carli. *Planejamento tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47-50.

²⁸BRASIL. *Lei nº 7.492*, de 16 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm>. Acesso em: 06 nov. 2020.

²⁹DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21.

³⁰STOCO, Rui. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85.



os meios à disposição dos sujeitos que pretendem delinquir, a exemplo das práticas criminosas por meio de criptoativos.

Nesta senda, a sociedade atual se vê inserida em outro cenário, necessitando aprender a lidar e a enfrentar as formas de delinquência, agora envoltas sob estruturas de poder, organizadas e especializadas, cujos partícipes, não raras vezes, confundem-se com agentes próprios do Estado. Nesse contexto estão inseridos os chamados “crimes de colarinho branco”. nome este, em referência à consagrada expressão de Edwin H. Sutherland: “*White-Collar-Criminaity*”, datada dos idos da década de 40. Fala-se, assim, em uma sociedade global de riscos, em especial a partir de 1990, pois enquanto condutas típicas são praticadas em um lugar, seus resultados alcançam muitos outros, comprometendo, desta forma, diversas gerações e em diferentes locais do planeta³¹.

Ante estas novas demandas, a Convenção das Nações Unidas, em 15 de novembro de 2000, reunida na cidade Nova Iorque – EUA, editou a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, posteriormente assinada em Palermo - Itália. Referido documento foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, sendo, portanto, recepcionado no ordenamento jurídico pátrio. Em harmonia à tendência mundial de busca por novos instrumentos para o enfrentamento desta realidade criminológica, a legislação pátria juntamente a outros ordenamentos soberanos, em especial o espanhol, incorporou uma nova estrutura de combate ao crime³².

Emergindo desde aspectos específicos das chamadas “organizações criminosas” até a atualmente conhecida como “criminalidade de empresa” – análise sobre a qual não se pretende aqui incursionar – a teoria do domínio do fato tem aflorado como um adequado instrumento de resposta à solução das demandas de responsabilização penal no seio das organizações criminosas, possibilitando a identificação do “homem de trás”, através da análise do efetivo domínio dos aparatos de uma estrutura de poder desvinculada da ordem jurídica estatal³³.

Sob uma ótica teórica, denota-se que a teoria do domínio da organização, proposta e desenvolvida por Claus Roxin³⁴, em 1963, está fundamentada, dentre outros requisitos, na atribuição como autor àquele que tem o domínio da realização do tipo. Segundo o autor alemão, este domínio pode se dar de três formas: mediante a realização direta e pessoal do verbo

³¹LINHARES, Solon Cicero. *Confisco alargado de bens*: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 114.

³²Ibid, p. 115.

³³Ibid, p. 116-117.

³⁴ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Org.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

(domínio da ação – autor direto); mediante a realização em conjunto do fato (domínio funcional do fato – coautoria); pela realização do fato através do auxílio de terceiro (domínio da vontade – autoria mediata). Desse modo, no caso específico envolvendo crimes de colarinho branco, a responsabilidade a título de sujeito ativo direto do resultado delituoso – o “homem de trás” –, cabe àquele que detém o domínio da organização através de um aparato de poder, sendo o seu executor um mero autor imediato.

Trata-se, neste caso, de um sistema hierárquico e de comunicação interna restrita, tendo por objetivo o lucro econômico. São elementos em que se procura criar estruturas formais lícitas e outras ilícitas, uma zona entre o público e privado, entre a prática de condutas legais e outras corruptas, conexões entre os poderes políticos e empresariais, justamente para alimentar economicamente a organização e criar um emaranhado de componentes para dificultar as investigações policiais e/ou judiciais, uma vez que as principais atividades ilícitas praticadas por seus membros estão relacionadas diretamente com evasão de divisas, corrupção, acesso ao mercado negro, fraude financeira, violação às leis antitruste, manipulação de subsídios públicos e lavagem de dinheiro³⁵.

Consequentemente, o crime organizado acaba por afetar direta e indiretamente a própria democracia, a concorrência legítima, a economia de mercados e a própria integração regional.

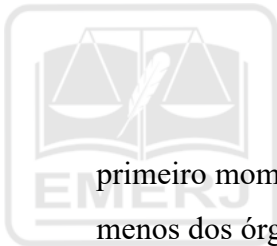
Neste ponto, é importante pontuar a definição entre aparatos organizados do poder ou mesmo crime organizado dos poderosos com os chamados crimes de “colarinho branco”. O termo crime de “colarinho branco” refere-se àqueles crimes praticados por sujeitos que se veem como homens de negócios, altos executivos que praticam crimes ocultados pelos seus próprios instrumentos de negócios, por exemplo, contratos e licitações supervalorizadas, propinas e corrupções.

Os autores de crimes de “colarinho branco” possuem um *status* social de alto, vale dizer: os sujeitos ativos do referido delito não são aqueles das camadas mais baixas, tampouco de setores socialmente marginalizados. Por essa razão, quase beira o impossível a prova de suas infrações, já que estes autores, na maioria dos casos, não praticam crimes como os de “ruas”, com violência à pessoa para obtenção do resultado pretendido, além de possuírem contatos com pessoas muito poderosas, de alto poder de influência, em especial politicamente³⁶.

Pode-se afirmar que o argumento de que crimes do colarinho branco não são violentos, decorre do pressuposto de que as consequências desta modalidade criminosa não são, em um

³⁵MONTOYA, Mario Daniel. *Máfia e crime organizado: aspectos legais, Autoria Mediata, Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder e atividades criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 71-73.

³⁶STOCO, op. cit., 2007, p. 125.



primeiro momento, sentidos diretamente pela sociedade e, portanto, a própria população exige menos dos órgãos formais do Estado.

Uma infinidade de possíveis recompensas econômicas pode ser direcionada a empregados que estão dispostos a negligenciar suas responsabilidades legais, enquanto aqueles que mostrarem muito zelo podem arriscar a despertar o descontentamento dos seus superiores. Some-se a isso, ainda, os laços de amizade e simpatia que existem entre os funcionários responsáveis em aplicar a lei e os autores dos delitos. Sem falar nos casos de pressão política. Esta é a arma mais poderosa, a arma da elite no seu esforço de corromper o processo de aplicação da lei³⁷.

O sistema processual penal brasileiro trata com menos rigor o segundo do que o primeiro, ainda que a conduta do delito de colarinho branco seja tão nociva a todo o corpo social que torna incomensurável o dano perpetrado³⁸.

Em regra, quando praticados por organizações criminosas, são executados por sujeitos dominados por outros, que exercem sobre estes poderes de tal maneira que os colocam como pessoas facilmente trocadas por outras. Também é equivocada a observação de que os delitos de rua são mais danosos à sociedade do que os outros praticados através de colarinho branco.

Entretanto, quando tudo se mostra às claras, a exigência da população em relação aos crimes de colarinho branco é bem maior, com pedidos de soluções rápidas e condenações exemplares pelo poder judiciário. Uma coisa é praticar crimes organizados em detrimento de empresas estatais, em detrimento do social, do desvio de verbas públicas, da corrupção e da lavagem de dinheiro, outra, completamente diversa, é praticar crimes através de grupos organizados de ruas, obtendo seus resultados em condutas nitidamente criminosas, como o tráfico de drogas e de armas, ou mesmo o assassinato de agentes públicos³⁹.

CONCLUSÃO

O presente trabalho constatou que a pandemia de covid-19 gerou impactos nos mais diversos setores da sociedade, tendo afetado, inclusive, as relações contratuais privadas.

Fruto das reflexões desenvolvidas no decorrer da pesquisa, foi possível concluir que as partes contratuais não podem invocar o caso fortuito e força maior, de maneira abstrata, como

³⁷Ibid, p. 126.

³⁸Ibid, p. 130-131.

³⁹LINHARES, op. cit., p. 131.



justificativa para se esquivar de obrigações contratuais que se tornaram desinteressantes durante a pandemia.

Nesse sentido, o processo interpretativo dos efeitos provocados pelo novo coronavírus às relações contratuais não conduz a um único resultado. A depender do caso concreto, a pandemia poderá ter como efeitos: (i) provocar a impossibilidade absoluta do cumprimento da obrigação, hipótese em que se resolverá o contrato; (ii) provocar a impossibilidade parcial do cumprimento da obrigação, hipótese em que as obrigações passíveis de cumprimento deverão ser adimplidas; (iii) tornar extremamente oneroso ao devedor o cumprimento da obrigação, de modo a justificar a revisão ou resolução contratual; (iv) suspender temporariamente a execução do objeto da contratação, postergando o cumprimento da prestação para um outro momento; ou (v) ocasionar o desgaste na esfera patrimonial do contratante, sem que se tenha um impacto direto na relação jurídica contratual, hipótese em que uma renegociação amigável do contrato será o melhor caminho. Ao intérprete da lei caberá analisar cada uma dessas hipóteses, aplicando o adequado instituto de direito privado ao caso concreto.

Destacou-se, ainda, no terceiro capítulo, o dever de renegociar extrajudicialmente os contratos como instrumento útil para se evitar uma enxurrada de ações judiciais que poderiam ser evitadas se as partes efetivamente tivessem colaborado entre si para solucionar o problema do desequilíbrio contratual superveniente.

Uma solução inteligente do ponto de vista jurídico para a crise instaurada com a pandemia consistiria na elaboração de uma lei federal temporária tratando o dever de renegociar como condição de procedibilidade de ações de revisão ou resolução contratual.

Por fim, tendo em vista que a pandemia de Covid-19 tornou mais difícil o cumprimento de vários contratos e, levando-se em consideração que o Poder Judiciário sofreu restrições em seu funcionamento durante a pandemia, as partes deverão buscar soluções alternativas de conflito de forma a preservar a manutenção dos contratos celebrados, devendo o Poder Judiciário ser acionado quando as soluções alternativas de conflitos não forem bem sucedidas. A partir do estudo deste material percebe-se que existe um ponto principal que se relaciona e amarra uns aos outros, que são os lados sociais, político e financeiro. Ainda tem que ser levado em consideração os impactos negativos e as consequências trágicas trazidas pela prática do crime do colarinho branco, que afetam tanto a ordem política, social quanto a econômica, provocando marginalmente um resultado que impede o próprio crescimento do Estado – a anticompetitividade na economia de mercado.

As de arranjo político estão relacionadas diretamente ao delito antecedente de corrupção, isto é, as contribuições realizadas em dinheiro para as campanhas eleitorais por



aqueles dedicados a se manter no poder é o exemplo mais evidente desta perniciosa prática, justamente porque o bem mais lesionado, neste caso, é a própria democracia. As de ordem social podem ser vislumbradas no aumento de crimes violentos.

Já em relação ao “crime do colarinho branco”, apesar da evolução do combate ao “crime organizado” e no que tocante aos resultados de recuperação de ativos oriundos de atos ilícitos contra o Estado, muitos recursos deixam de ter suas origens descobertas em virtude de organizações criminosas conseguirem ocultar e dissimular de tal maneira que impede que a persecução penal tenha êxito tanto que se refere a descoberta do delito quanto na descoberta da origem dos valores supostamente ilícitos.

A lavagem de dinheiro é um procedimento natural e uma consequência lógica do crime do colarinho branco, diante da necessidade de se colocar o dinheiro sujo em circulação através do sistema financeiro.

Então, pode-se cogitar que políticas públicas afetam diretamente ao sistema financeiro e, através de instruções normativas mais rígidas de controle ou de comunicações, nos moldes da legislação brasileira, podem ser muito mais salutares se combater, neste caso específico, a origem da doença e não seus efeitos. É muito mais produtora o enfrentamento às organizações criminosas de colarinho branco, através da sua obstrução financeira. O dinheiro representa para estes sujeitos o combustível de seu empreendimento delitivo, isto, todavia, demanda um profundo repensar acerca das estruturas clássicas da dogmática penal e não apenas ela, senão também aos próprios limites, finalidades e critérios de legitimação da própria teoria da pena.

Por fim, a lavagem de capitais proporciona lesões que afetam as relações econômicas do mercado formal e isso, conseqüentemente, afeta diretamente o próprio desenvolvimento e a concorrência legal, devendo, portanto, ser exemplarmente combatido pelo Estado com adoção de leis mais contundentes no sentido de coibir esse tipo de delito que se encontra ainda entranhado na ordem política, social e econômica brasileira.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Radamero Apolinário. *Improbidade administrativa: o que vem a ser e como deve ser feito o seu controle*. Âmbito Jurídico, 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7521> Acesso em: 05 nov. 2020.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: UNB, 2007.



BRASIL. *Lei n° 7.492*, de 16 de junho de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm. Acesso em: 06 nov. 2020.

_____. *Lei n° 9.613*, de 03 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 06 nov. 2020.

_____. *Parecer lavrado pela comissão de finanças e tributação*. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01ABR1997.pdf#page=67>. Acesso em: 06 nov. 2020.

CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro: aspectos Penais da Lei 9.613/98*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012.

GERMANO, Livia de Carli. *Planejamento tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de renda das empresas: interpretação e prática*. 40. ed. São Paulo: IR Publicações, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: Juspodivm, 2014.

LINHARES. Solon Cicero. *Confisco alargado de bens: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTOYA, Mario Daniel. *Máfia e crime organizado: aspectos legais, Autoria Mediata, Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder e atividades criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização”. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Org.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.



RUIZ VADILLO, Enrique. *El Blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español*. Perspectiva actual y futura, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n. 1641.

STOCO, Rui. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZIEGLER, Jean. *Senhores do crime*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

IMPACTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NOS PEQUENOS NEGÓCIOS

Juliana Maria Viana

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Bacharela em Direito. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o presente trabalho científico é iniciado com uma breve apresentação do conteúdo da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) em decorrência de a norma ser muito recente no ordenamento pátrio. Ato contínuo, analisa-se a praticabilidade da nova lei de dados e o provável impacto de uma aplicação desarrazoada, especialmente no que se refere à multa administrativa, no âmbito do empreendedorismo de pequeno porte, por exemplo, *startups* de tecnologia e inovação. Constata-se que uma ponderação sensata entre o direito à privacidade e a livre iniciativa deve ser realizada no momento de interpretação e de aplicação das normas, a fim de que o Brasil consiga atingir um dos seus objetivos: o desenvolvimento nacional.

Palavras-chave – Direitos Constitucional e Empresarial. Lei Geral de Proteção de Dados. Pequenos negócios.

Sumário – Introdução. 1. Breve noção sobre o conteúdo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 2. Impacto da aplicação desarrazoada da Lei Geral de Proteção de Dados nas pequenas empresas. 3. A proteção a direitos fundamentais e a livre iniciativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe analisar o provável impacto da Lei Geral de Proteção de Dados no empreendedorismo, ou melhor, nos pequenos negócios, especialmente nas *startups* envolvidas em tecnologia e inovação. Apesar de a nova lei ainda não estar completamente em vigor, já é possível a análise da sua praticabilidade e do impacto de uma aplicação desarrazoada das suas normas.

Diante da apelidada “Revolução 4.0” – que é a adoção de novas tecnologias, por exemplo, a internet das coisas e a computação em nuvem –, surge um universo mais integrado e automatizado. Como consequência, surgem maiores e mais severos riscos ligados à segurança dos sistemas, ataques cibernéticos, os quais permeiam, com intensidade, a vida do povo inserido neste mundo gerido por algoritmos.

Atualmente, os dados pessoais podem ser considerados um dos mais relevantes ativos para o exercício de qualquer ramo de atividade, seja empresarial, pessoal ou social,



bem como para concretização de políticas públicas. Nesse contexto, o Estado passa a se preocupar cada vez mais com a proteção, regulação e uso dos dados pessoais dos seus cidadãos e, assim, é editada a Lei Geral de Proteção de Dados.

Nessa perspectiva, são realizados os seguintes estudos no decorrer deste artigo científico:

Por se tratar de uma novidade no ordenamento jurídico nacional, o primeiro capítulo do trabalho traz uma visão geral da LGPD, explanando a sua natureza jurídica, o seu alcance e o seu objetivo. Cumpre destacar que, embora a finalidade principal do trabalho não seja a mera exposição teórica da norma, essa análise, ainda que de modo objetivo, se mostra adequada, a fim de melhor estruturar e compreender os capítulos posteriores.

Em seguida, o segundo capítulo traz à luz os possíveis impactos que a aplicação desarrazoada da lei de dados pessoais pode causar nas pequenas empresas, com um enfoque especial nas *startups* de tecnologia. Em busca da igualdade material e do desenvolvimento nacional, pequenos negócios devem ter tratamento diferenciado em relação a grandes empreendimentos no que tange à interpretação e à aplicação dos dispositivos previstos no novo diploma legal. Isso para que o Brasil tenha alguma chance de evoluir de exportador de *commodities* para exportador de tecnologia e inovação.

Ato contínuo, o terceiro e último capítulo objetiva discutir o aparente conflito entre a proteção à intimidade das pessoas naturais e a livre iniciativa dos pequenos empreendedores, ambas previstas na Constituição da República como normas fundamentais. Por fim, defende-se, com base na ponderação, que a livre iniciativa e o desenvolvimento nacional são, em verdade, instrumentos que podem ajudar na efetivação de objetivos e de direitos fundamentais.

Metodologicamente, faz-se uso do método hipotético-dedutivo, por meio da argumentação, haja vista a LGPD ainda não estar completamente em vigor e, portanto, trabalha-se com hipóteses de interpretação, de aplicação e de consequências. O trabalho tem abordagem qualitativa, pois busca entender e interpretar a lei geral com enfoque na sua aplicação aos pequenos empreendedores, dentro da realidade contemporânea. Ademais, por meio de uma pesquisa explicativa, objetiva-se formular proposta de solução razoável para aparentes conflitos de normas. No que tange aos procedimentos, adota-se, preponderantemente, a natureza bibliográfica para adensar a tese.

1. BREVE NOÇÃO SOBRE O CONTEÚDO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Antes mesmo de analisar a Lei Geral de Proteção de Dados¹ em si, faz-se pertinente uma brevíssima observação histórica. Antigamente, a terra era considerada o capital mais importante do mundo; assim, no momento em que muitas terras se concentravam nas mãos de poucos, nascia uma verdadeira ditadura no âmbito político. Em especial, no caso do Brasil, a Lei de Terras de 1850 contribuiu muito para a concentração latifundiária e, conseqüentemente, para o fortalecimento das oligarquias, pois findou a prática de doação de terras, as quais passaram a ser comercializadas.

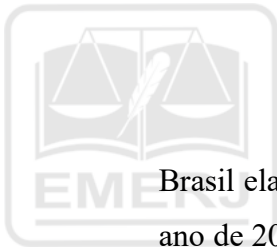
É sabido que, nos últimos dois séculos, a terra foi substituída pelas máquinas e pelas fábricas; conseqüentemente, a política passou a controlar o novo capital e, outra vez, uma pequena aristocracia ou o próprio governo concentrou, em suas mãos, os aparatos fabris. Hodiernamente, pode-se afirmar que as máquinas estão sendo substituídas pelos dados e, como de costume, a política se insere em uma luta a fim de controlar o novo e principal capital.

Partindo da premissa que o Estado tem muita experiência no que se refere à regulamentação da posse de terras, bem como da posse de máquinas e fábricas, deve-se atentar para o fato de que a Administração Pública não tem experiência significativa na regulamentação do controle de dados. Assim, tanto o Poder Público quanto os cidadãos – os quais elegem seus governantes – devem ser educados quanto ao potencial revolucionário da tecnologia, pois a responsabilidade da elaboração, da interpretação e da aplicação das normas sobre o tema pertence a ambos.

Conforme verificado nos parágrafos anteriores, o tema proteção de dados é muito recente, mas é a atual e será a futura realidade, tanto na sociedade quanto nos sistemas econômicos e políticos. Nesse contexto, surge a necessidade de regulamentar as tecnologias, a fim de evitar uma possível ditadura digital e de trazer maior segurança jurídica a todos envolvidos: cidadãos, empreendedores e Administração Pública. Com inspiração no cenário internacional, especialmente na *General Data Protection Regulation* (GDPR)² – Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia –, o

¹BRASIL. *Lei n° 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

²UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 10 mai. 2020.



Brasil elaborou a sua Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a qual foi sancionada no ano de 2018, depois de dois anos de tramitação nas casas legislativas.

Cabe salientar que este artigo científico não busca desmerecer a nova legislação, pelo contrário, é inegável a importância da nova lei de dados, a fim de estabelecer uma forma responsável de tratar os dados dos indivíduos. Mas a realidade brasileira não pode deixar de ser lembrada. Não há nada de errado em se inspirar em uma legislação internacional, desde que se tenha consciência de que os países pertencentes à União Europeia são desenvolvidos, enquanto que o Brasil está em desenvolvimento.

Apesar de a nova lei ainda não estar completamente em vigor, é possível perceber, com a simples leitura do seu texto normativo, que ela visa a, principalmente, proteger a população e os consumidores de eventuais abusos cometidos por organizações e grupos de interesse. A problemática é que, em sua generalidade, a LGPD trata com o mesmo rigor grandes sociedades empresárias e pequenas empresas, como *startups*. As imposições trazidas pela lei gerarão custos que, quando aplicados aos pequenos negócios, podem ser inviáveis. Cumpre ressaltar que essa questão será aprofundada em capítulo posterior.

Em linhas gerais, a Lei Geral de Proteção de Dados – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – traz princípios e regras que disciplinam o modo como os dados pessoais de pessoas naturais devem ser coletados e armazenados por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado. Ressalta-se que a nova lei tem por objetivo proteger apenas os dados pessoais dos indivíduos, não abrangendo dados de pessoas jurídicas, pois. A título de exemplo, pode-se enumerar como dados pessoais o nome, o estado civil, a profissão, o número de registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), entre outros.

Cumpre salientar que a LGPD distingue dados pessoais de dados pessoais sensíveis e traz limitações específicas para o tratamento destes. A própria lei, em seu artigo 5º, II³, traz o conceito de dado pessoal sensível como sendo aquele que verse sobre origem racial ou étnica, sobre convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de cunho religioso, filosófico ou político, referente à saúde ou à vida sexual, sobre conteúdo genético ou biométrico, desde que vinculado a uma pessoa física. Essa tutela diferenciada, feita pelo legislador, busca prestigiar o princípio da não discriminação entre os seres humanos, já que o uso desse tipo específico de informação tem alta capacidade de gerar tratamento discriminatório.

³BRASIL, op. cit., nota 1.



O novo regramento nacional sobre proteção de dados estabelece que as organizações devem criar uma espécie de comitê interno voltado para fins de segurança das informações usadas nos diversos procedimentos organizacionais. Dentro do comitê, deverá haver um profissional voltado exclusivamente para a proteção dos dados e responsável pela observância das determinações da lei em comento: trata-se do denominado *Data Protection Officer* (DPO), também conhecido como encarregado.

Ademais, a lei em comento determina que as empresas e os profissionais liberais estabeleçam as figuras do controlador e do operador de dados. O controlador é aquele que estabelece os meios e a finalidade do processamento de dados, enquanto que o operador de dados operacionaliza o processamento determinado pelo controlador. É papel do DPO atuar como intermediário nas comunicações envolvendo o controlador, os titulares dos dados e a agência reguladora específica.

Nessa esteira, a legislação determina que seja criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão do Poder Executivo, a qual tem a tarefa de regular alguns pontos da lei geral, além de fiscalizar o cumprimento das normas pelos operadores dos dados. A Autoridade Nacional é responsável por regular a diretriz de uma Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade. Em relação aos cidadãos, esses passam a ter maior controle sobre o tratamento das suas informações pessoais, pois a coleta dos dados depende do consentimento expresso do titular, com notificação clara da finalidade do armazenamento e se haverá compartilhamento, sob pena de nulidade da obtenção. O titular também pode revogar o consentimento por meio de procedimento gratuito e facilitado⁴.

Formalmente, a LGPD tem como principais objetivos proteger a privacidade, estabelecer práticas de transparência no tratamento das informações, padronizar as normas sobre o assunto e, conseqüentemente, trazer maior segurança jurídica às relações. Em adição, não se deve esquecer de que a nova lei também objetiva buscar o desenvolvimento econômico e tecnológico, bem como favorecer a concorrência e a livre iniciativa, conforme estabelecido em seu artigo 2º⁵.

⁴INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *O que muda com a nova lei de dados pessoais*. Disponível em: <<https://www.lgpdbrasil.com.br/o-que-muda-com-a-lei/>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

⁵BRASIL, op. cit., nota 1.



2. IMPACTO DA APLICAÇÃO DESARRAZOADA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NAS PEQUENAS EMPRESAS

Ao analisar os incisos V e VI do dispositivo 2º da lei⁶, parece que o legislador prestigiou a realidade dos pequenos empreendimentos, como as *startups* de tecnologia e inovação, haja vista ter trazido como fundamentos norteadores da proteção de dados o desenvolvimento econômico e tecnológico, a inovação, a livre iniciativa e a livre concorrência. Contudo, ao prosseguir para o artigo 52, inciso II, que trata da multa aplicável aos agentes de tratamento de dados por descumprimento da lei, a percepção de atenção à relevância do papel das pequenas e médias empresas na sociedade parece ser desconfigurada:

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: (...)
II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração; [...]⁷

Neste ponto do trabalho, faz-se pertinente trazer um caso hipotético⁸, mas factível, para fins de melhor ilustrar o acima afirmado. Imagine que uma sociedade empresária de informática, com faturamento anual de cinco milhões de reais (e patrimônio de dois milhões de reais, composto de muitos bens intangíveis e fundados em direito autoral), tenha celebrado um contrato de prestação de serviços de tratamento de dados, no valor de duzentos mil reais por ano, com uma parceira comercial. O pacto objetiva o tratamento de dados sensíveis de cem pessoas. No decorrer da prestação do serviço, um *hacker* causa um problema de segurança e, por isso, os dados das cem pessoas ficam expostos.

Conforme a literalidade da LGPD, na situação hipotética, haveria incidência de uma multa de até dois por cento sobre o faturamento anual – e não sobre o lucro – da empresa por cada infração cometida, o que totalizaria em até cem mil reais multiplicados por cem – número de infrações cometidas –, ou seja, uma multa no valor de até dez

⁶Ibid.

⁷Ibid.

⁸CORRÊA, Leonardo. *Um paradoxo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-04/leonardo-correa-paradoxo-lei-geral-protecao-dados>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

milhões de reais: oito vezes o patrimônio da sociedade empresária. Ademais, ainda deve-se acrescentar as indenizações pessoais, decorrentes de ações individuais.

O artigo 53 da lei⁹ estabelece que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados regulamentará o método de cálculo e de aplicação da sanção de multa, além de determinar que, previamente, o tema seja objeto de consulta pública. Assim, ressalta-se, mais uma vez, a importância da Administração Pública e da sociedade nas diretrizes da nova realidade tecnológica. Cumpre, ainda, destacar que não há um computador totalmente seguro, especialmente quando conectado à internet. Além do mais, se não houver uma interpretação cuidadosa dos dispositivos legais em relação aos pequenos negócios, surgirão verdadeiras barreiras de mercado, conseqüentemente, desestímulo ao desenvolvimento e à inovação.

Nesse contexto, faz-se pertinente esclarecer algumas das conseqüências que a nova lei de dados pessoais poderá acarretar, as quais não se encontram explícitas em seu texto normativo. A norma estabelece, conforme já visto, o dever de implementação das figuras do encarregado, do controlador e do operador de dados, mas desconsidera o considerável aumento de custos para que as *startups* se amoldem às exigências legais, o que poderá torná-las improdutivas. Em conseqüência da improdutividade dos pequenos negócios *tech*, o resultado lógico e provável é o agravamento do oligopólio em benefício das grandes sociedades empresárias já consolidadas no mercado de tecnologia.

Ao analisar mais detalhadamente a nova legislação, percebe-se que ela poderá criar um ambiente menos propício para investimentos empreendedores voltados para a área tecnológica, pois a atividade é naturalmente afeta a maiores riscos de sinistros, como invasão de *hackers* e vazamentos de dados. A possibilidade de aplicação de multas exorbitantes pelo Estado será um forte quesito a ser considerado no fator risco do empreendimento.

Para as devidas adaptações às normas sobre proteção de dados, além do custo financeiro com a criação de novos setores de implementação, as unidades organizacionais também precisarão seguir uma grande quantidade de controles e protocolos internos. Esse cenário, como um todo, pode afetar negativamente duas importantes vantagens competitivas das pequenas e médias sociedades empresárias: a velocidade e o dinamismo.

Outra trágica e provável conseqüência acarretada pela aplicação não cautelosa das normas da lei protetiva, em âmbito de *startups* de tecnologia e inovação, será a queda no

⁹BRASIL, op. cit., nota 1.



preço de venda do negócio quando esse se tornar operacional. Novamente, a causa dessa consequência será o aumento considerável do fator risco do empreendimento. Assim, o desestímulo dos empreendedores e, por conseguinte, do desenvolvimento nacional parece ser uma tendência brasileira.

Nesse diapasão, faz-se pertinente registrar a importância dos pequenos e médios negócios para a economia e para o desenvolvimento do país. Apenas a título de exemplo, seguem nomes de empresas estrangeiras de sucesso, as quais nasceram *startups* e trouxeram mudanças positivas e inovadoras para a sociedade. A Google está presente no dia a dia dos cidadãos e, hoje, vai muito além da sua função inicial de buscador. O Facebook é uma brilhante comprovação de que jovens são capazes de criar e de gerir conhecimento. A rede social em comento revolucionou a forma de comunicação e é uma importante ferramenta para análise de comportamentos. Não é exagero afirmar que o Uber mudou o estilo de vida de grande parte da população, haja vista ter facilitado a mobilidade urbana. A AirBnb revolucionou a forma de viajar, possibilitando que pessoas comuns conheçam pessoas do mundo todo. A Space X foi a primeira, no ramo privado, a levar objetos para o espaço. Certamente, esse – *startup tech* – é o tipo de empreendimento capaz de mudar o mundo para melhor.¹⁰

Em âmbito nacional, pode-se citar alguns exemplos de *startups* de renome. A Nubank, pioneira em serviços financeiros gerenciados completamente por meio de aplicativo digital. A Loft, plataforma digital que faz uso da tecnologia para inovar e facilitar compra e venda de imóveis, também é uma ilustre *startup* brasileira. Por fim, mas não menos importante, pode-se apontar a Easy Taxi que, assim como o Uber, facilitou a mobilidade urbana. Percebe-se que, de modo geral, a economia colaborativa é uma inteligente estratégia para a melhora na qualidade de vida da população e, portanto, o Estado deve ser um facilitador àqueles que visam ao empreendedorismo.

Diante da demonstrada importância social das empresas voltadas à tecnologia e à inovação, cumpre destacar que, para que haja interesse inicial em empreender e em inovar, o ambiente precisa estar propício para tanto. Logo, mais uma vez, faz-se pertinente anotar a importância de uma interpretação razoável e de uma aplicação transparente das normas previstas na lei de proteção de dados pessoais, a fim de minimizar as inseguranças e os riscos que permeiam os empreendedores do Brasil.

¹⁰FARRET, João. *15 melhores exemplos de startups de sucesso do Brasil e do Mundo!* Disponível em: <<https://joaofarret.com/exemplos-startups-sucesso-brasil-mundo/>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

3. A PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LIVRE INICIATIVA

Embora a legislação em comento receba o título de Lei Geral de Proteção de Dados, e a expressão “proteção dos dados pessoais” esteja em voga na praxe, o que não configura um erro técnico, o que realmente se objetiva proteger é o titular dos dados, e não os dados em si. Afinal, caso haja descumprimento de normas estabelecidas pela lei, quem poderá sofrer algum tipo de dano efetivo em sua privacidade é o indivíduo.¹¹

No que tange à privacidade, o artigo 5º, inciso X da CRFB/88¹² determina a sua inviolabilidade, ou seja, trata-se de um direito fundamental e individual previsto na Carta Magna. De outra sorte, a proteção de dados pessoais não encontra previsão expressa na Constituição Federal como uma categoria de direitos fundamentais. No entanto, uma vez que os dados são elementos que compõem a própria identidade do ser humano, depreende-se, por meio de uma leitura funcionalizada da Lei Maior, que o tema está completamente inserido no direito à intimidade e à vida privada.

Apesar de a proteção de dados pessoais poder ser extraída do direito à privacidade, vale registrar que, hoje, tramita uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 17/2019) no parlamento. A PEC objetiva incluir a tutela dos dados pessoais disponíveis em meios digitais no rol de direitos e garantias individuais. Conforme entendimento da própria relatora da proposta, senadora Simone Tebet, a constitucionalização do assunto deixa evidente a sua importância para o Estado. Em regra, todos têm direito ao conhecimento do outro, desde que haja substancial necessidade. Caso contrário, a intimidade e a privacidade dos dados devem ser preservadas.¹³

Em âmbito empresarial, a discussão sobre a proteção de dados pessoais é crescente, pois as informações coletadas e tratadas, sejam de clientes, de fornecedores, de empregados ou de outras pessoas, são vitais para o negócio. Tarcisio Teixeira e Ruth Maria Guerreiro¹⁴ informam que, diante da importância e da polêmica envolvendo a relação entre sociedades empresárias e direitos humanos, a Organização das Nações Unidas – ONU – tem aviltado sobre a criação de um Tratado Internacional regulador da

¹¹MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32.

¹²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 set. 2020.

¹³AGÊNCIA SENADO. *Proteção de dados pessoais deverá ser direito fundamental na constituição*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/02/protecao-de-dados-pessoais-devera-entrar-na-constituicao-como-direito-fundamental>>. Acesso em: 06 set. 2020.

¹⁴TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*: comentada artigo por artigo. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 35.



temática. Inclusive, em consonância com a tendência da ONU, foi editado, no Brasil, o Decreto nº 9.571/2018, o qual dispõe acerca das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos.

Conforme demonstrado nos parágrafos anteriores, há uma crescente preocupação, tanto nacional quanto internacional, em regulamentar e em elevar o *status* do assunto direito à privacidade. Isso não tem acontecido em vão. Nos últimos anos, eclodiram casos de manifesto abuso e desrespeito de sociedades empresárias para com seus clientes. A título de exemplo, pode-se citar o famoso caso do Facebook, que liberou, sem a autorização dos donos, informações pessoais de mais de cinquenta milhões de usuários para a *Cambridge Analytica*: empresa norte-americana de análise de dados.

Novamente, cumpre ressaltar que o presente trabalho não visa a desmerecer a legislação protetiva dos dados pessoais nem, muito menos, o direito à privacidade dos indivíduos. Pelo contrário, entende-se pela necessidade de regulamentação do tema, mas também de uma interpretação razoável dos seus dispositivos, a fim de trazer maior segurança jurídica e reais benesses para todas as partes envolvidas.

A dignidade da pessoa humana é um fundamento que não costuma ser esquecido pelo legislador nacional nem pelo aplicador do Direito Pátrio. No entanto, o objetivo desenvolvimento nacional parece não ser tão prestigiado na prática, embora ambos – dignidade da pessoa humana e desenvolvimento nacional – tenham *status* constitucional e sejam princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Não se deve esquecer de que as palavras economia e tecnologia são cruciais quando o assunto é desenvolvimento. Na atualidade, é impossível pensar em progresso sem o uso de dados, os quais são a força motriz da economia e a base das importantes conquistas tecnológicas.

Em um cenário de desenvolvimento econômico e tecnológico, a livre iniciativa também deve alçar um papel de protagonismo. Conforme já anotado em capítulo anterior, inovações tecnológicas capazes de melhorar a qualidade de vida da população nasceram de pequenos negócios, por exemplo, de *startups*. Partindo para a seara econômica, sabe-se que os pequenos empreendimentos são responsáveis por empregar a maioria da mão de obra formal brasileira, além de responder por um considerável montante da massa salarial do país. Assim, é uma ótima estratégia para o Estado manter um ambiente propício à atividade empreendedora, a fim de que, cada vez mais, as pessoas escolham empreender por oportunidade, e não por necessidade.

A fazer uma análise precipitada da relação entre os termos dignidade da pessoa humana e livre iniciativa, pode-se concluir pela incompatibilidade dos dois princípios

fundamentais. Contudo, essa conclusão é errônea. Ambos os princípios constitucionais são fundamentos do país e estão registrados logo no artigo inaugural da Carta Política, o que demonstra a tamanha importância dos institutos. Em uma análise mais cautelosa da aparente antinomia, percebe-se que, em verdade, dignidade da pessoa humana e livre iniciativa são normas que se complementam a fim de que a República Federativa Brasileira alcance seus objetivos fundamentais, enumerados no artigo 3º da Constituição.¹⁵

A forma mais eficiente de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza, de reduzir as desigualdades sociais, de construir uma sociedade livre e justa, promotora do bem de todos é prestigiar a livre iniciativa e a livre concorrência. Infelizmente, a Administração Pública possui recursos limitados, incapazes de abarcar todos os anseios sociais. Por outro lado, garantindo um ambiente saudável para os negócios, o Governo é capaz de gerar um “efeito dominó” positivo: aumenta-se o empreendedorismo no país; conseqüentemente, aumenta-se a quantidade de empregados formais; e, conseqüentemente, aumenta-se a renda das famílias brasileiras.

O parágrafo anterior traz um caminho para a erradicação da pobreza e para a redução das desigualdades sociais. O resultado será bom para a população, que viverá de forma mais digna, para os empreendedores, que terão novos potenciais consumidores, e bom para o Estado, que alcançará boa parte dos seus objetivos constitucionais. Acresce-se o fato de que, em um meio fértil à livre iniciativa, há maiores chances de ideias inovadoras e revolucionárias surgirem, como aquelas que envolvem inteligência artificial e alavancam a qualidade de vida de todos.

Segundo o explicitado até aqui, fica demonstrado que a livre iniciativa não deve ser vista como incompatível com a dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, a primeira é uma facilitadora da última na medida em que a livre iniciativa viabiliza a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Entretanto, finalizar a análise da relação entre os dois princípios nesse ponto seria quimérico, pois, na realidade, nem todas as sociedades empresárias realizam um empreendedorismo responsável. É por isso que a regulação e a fiscalização Estatal das atividades empresariais são necessárias, mas sempre de forma cuidadosa, para não inviabilizar os inúmeros benefícios que negócios responsáveis podem trazer à nação.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 11.



No que tange à LGPD, sua interpretação e sua aplicação, especialmente sobre o tema multa, devem ocorrer de forma prudente, com vistas à preservação da empresa e da concorrência, além da viabilidade dos pequenos negócios. Deve-se atentar para o fato de que, bem como acontece com os indivíduos, pessoas jurídicas desiguais precisam ser tratadas de modo desigual para que a isonomia material seja alcançada. Entretanto, sabe-se que o Legislativo nacional optou por incluir desde as grandes sociedades empresárias até os micro empreendedores no âmbito de incidência da nova legislação.

Tomando por base o Direito comparado, cabe citar a Lei de Privacidade dos Consumidores da Califórnia, denominada de *California Consumer Privacy Act* (CCPA), a qual é aplicável apenas para sociedades empresárias que atingem faturamento anual superior a 25 milhões de dólares; ou para aquelas empresas processadoras de mais de 50 mil registros de pessoas físicas por ano; ou para as que têm ao menos 50% de receita anual proveniente da venda de dados de californianos. Trata-se de um bom exemplo de prudência legislativa viabilizadora dos negócios no estado da Califórnia, Estados Unidos da América.¹⁶

A sanção pecuniária prevista na lei brasileira de dados será regulada e aplicada pela ANPD, agência reguladora, e entrará em vigor a partir do ano de 2021, com a finalidade de dar maior prazo de adaptação para as empresas. Contudo, a extensão do lapso temporal de *vacatio legis* não é suficiente para neutralizar, mas apenas para retardar a situação futura provável: insegurança e desestímulo para o tão importante ramo empresarial de menor porte voltado ao desenvolvimento tecnológico e à inovação.

Por derradeiro, resta a esperança de que a ANPD e a sociedade como um todo tomem ciência do impacto potencial da tecnologia nos campos econômico, social e político. Ademais, também resta a esperança de que a agência reguladora e a população brasileira tenham compromisso com os fundamentos e com os objetivos constitucionais estabelecidos para o país, a fim de que seja montado um cenário que vá ao encontro do desenvolvimento nacional.

¹⁶BRANDÃO, Graziela. *CCPA: Lei de Privacidade do Consumidor da Califórnia – Saiba mais*. Disponível em: <<https://blconsultoriadigital.com.br/ccpa-lei-de-privacidade-do-consumidor-da-california/>>. Acesso em: 12 set. 2020.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado neste trabalho, a noção de direito à privacidade assume contornos maiores que a antiga ideia de proteção da vida privada do indivíduo em seu lar. Com o advento da evolução tecnológica, especialmente a internet, as formas de aquisição e de divulgação de dados pessoais foram facilitadas e, conseqüentemente, os modos de violação da esfera privada também se expandiram. No contexto atual onde, cada vez mais, surgem sofisticadas formas de ataques cibernéticos, a proteção à privacidade passa a abarcar mais que a ideia de moradia, também passa a incluir a possibilidade de o indivíduo poder controlar os próprios dados pessoais e obstar sua circulação, se assim desejar.

Sabe-se que o capital mais importante do mundo já foi a terra, a máquina e, hoje, é o dado. A coleta e o tratamento das informações dos indivíduos são vitais para os negócios empresariais, para a Administração Pública e para a sociedade em geral. Assim sendo, a máquina estatal se preocupou em regulamentar a matéria para trazer maior segurança jurídica aos envolvidos.

Contudo, deve-se atentar para o fato de que a Administração Pública não tem experiência significativa na regulamentação de dados pessoais, uma vez que o tema é bem moderno. Diante do impasse entre necessidade de normatização e inexperiência, cabe advertir sobre a necessidade de os aplicadores das normas, bem como os cidadãos, se informarem sobre o potencial dos novos desenvolvimentos tecnológicos e sobre os seus impactos em campos sociais, econômicos e políticos.

Diante de todo o exposto, resta a esperança de que o Estado viabilize um ambiente propício para o empreendedorismo, para a tecnologia e para a inovação no Brasil. Para tanto, faz-se necessária a aplicação prudente e razoável das normas, especialmente no que se refere à aplicação de multa administrativa pela ANPD aos pequenos empreendimentos *tech*. As conseqüências implícitas dos dispositivos legais precisam ser consideradas pela Administração e pela sociedade.

Defende-se, por fim, a ideia de que a livre iniciativa não é antagônica a direitos fundamentais, mas sim um instrumento eficaz para alcançá-los. Os pequenos empreendedores são muito importantes para o desenvolvimento nacional, e este – que é um objetivo fundamental do país – viabiliza a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.



REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. *Proteção de dados pessoais deverá ser direito fundamental na constituição*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/02/protECAo-de-dados-pessoais-devera-entrar-na-constituicao-como-direito-fundamental>>. Acesso em: 06 set. 2020.

BRANDÃO, Graziela. *CCPA: Lei de Privacidade do Consumidor da Califórnia – Saiba mais*. Disponível em: <<https://blconsultoriadigital.com.br/ccpa-lei-de-privacidade-do-consumidor-da-california/>>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 set. 2020.

_____. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

CORRÊA, Leonardo. *Um paradoxo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-04/leonardo-correa-paradoxo-lei-geral-protECAo-dados>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

FARRET, João. *15 melhores exemplos de startups de sucesso do Brasil e do Mundo!* Disponível em: <<https://joaofarret.com/exemplos-startups-sucesso-brasil-mundo/>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *O que muda com a nova lei de dados pessoais*. Disponível em: <<https://www.lgpdbrasil.com.br/o-que-muda-com-a-lei/>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: comentada artigo por artigo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 10 mai. 2020.



O IMPACTO DO IRDR NA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: EFEITO DO ART. 985, § 2º CPC NA DEFESA DO CONSUMIDOR

Jussara Pereira Magalhães

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós Graduada em Direito do Consumidor pela Faculdade Cândido Mendes/AVM.

Resumo – As demandas relativas ao Direito do Consumidor, modernamente, se apresentam em grande volume e repetitivas são as suas causas de pedir. A maioria das demandas também abrangem serviços sob a tutela de Agências Reguladoras. Por outro lado, o Judiciário sempre buscou formas de uniformizar as decisões, criando instrumentos para que a decisão obtida em um julgamento de uma causa representativa de muitas demandas similares fosse aplicada em outros julgamentos, de forma vinculante, gerando economia processual e segurança jurídica. Nessa esteira surgiu o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, sendo a essência do trabalho analisar a aplicabilidade desse incidente nas ações consumeristas, por intermédio da comunicação do resultado do julgamento às agências reguladoras. O IRDR, portanto, surgiu como uma forma de, no âmbito consumerista, garantir decisões iguais e trazer mais segurança para o julgamento de demandas similares que abarrotam o Judiciário de todo país.

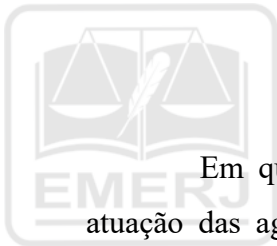
Palavras-chave – Direito do Consumidor. Agências Reguladoras. IRDR. Proteção do consumidor.

Sumário – Introdução. 1. A relevância da origem, enumeração, composição e atuação das Agências Reguladoras. 2. O IRDR, sua aplicação e efeito da comunicação de teses fixadas no âmbito das agências reguladoras. 3. Aplicabilidade do IRDR nas relações de consumo de atividades abrangidas pelas agências reguladoras. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca abordar o possível efeito benéfico do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), nos processos que versem sobre direitos coletivos e individuais sob tutela da atuação das Agências Reguladoras, na área do Direito do Consumidor, tais como o fornecimento de energia elétrica, prestação de serviços de saúde etc.

A instauração e julgamento pelo IRDR pode ser aplicada aos processos individuais ou coletivos que discutam a mesma questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do mesmo tribunal. Estão abarcados também aqueles processos que tramitam nos juizados especiais daquele respectivo Estado ou região. Após o término do julgamento, analisa-se o seu objeto e se este for questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação da tese adotada, por parte dos entes sujeitos à regulação.



Em que pese opiniões contrárias, pelo temor que a comunicação possa limitar a atuação das agências reguladoras, ou que seja uma invasão do Judiciário em uma esfera técnica, tais argumentos não merecem prosperar em nome da segurança jurídica e da uniformidade de decisões em prol dos consumidores.

No primeiro capítulo, será exposto o contexto no qual se fez necessária a criação de agência reguladora, bem como sua enumeração, composição e importância para o direito do consumidor como meio de garantir a efetivação dos princípios constitucionais.

No segundo capítulo, abordar-se-á a importância da criação de mecanismos para otimizar o julgamento de demandas repetitivas que, com o avanço da sociedade, vêm se tornando cada vez mais frequentes e seu reflexo junto ao direito do consumidor com relação às decisões emanadas desses processos.

No terceiro capítulo, tratar-se-á dos efeitos das decisões proferidas em IRDR e da obrigatoriedade de comunicação dessas decisões às agências reguladoras e como isso poderá afetar a resolução dos conflitos consumeristas.

Para tanto, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, com uma abordagem qualitativa do objeto, valendo-se da bibliografia pertinente à temática em foco, tal como legislação, doutrina e jurisprudência.

1. A RELEVÂNCIA DA ORIGEM, ENUMERAÇÃO, COMPOSIÇÃO E ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras são autarquias especiais com personalidade jurídica de direito público¹ e encontram seu amparo constitucional de criação no art. 21, inciso XI da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88)², que apesar de referir-se à atividade de telecomunicações, serviu de parâmetro para as demais atividades, como também no artigo 174 do mencionado diploma legal³.

Segundo Barroso,⁴ a partir do momento em que o Estado, devido à escassez de recursos para investimentos, abandonou a posição de estado-empresário - com a consequente privatização de várias empresas públicas - não sendo mais o principal executor de serviços

¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 97-105.

² BRASIL. *Constituição da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 fev. 2020.

³ Ibid.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/1007/agencias-reguladoras>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

públicos, houve a necessidade da criação de uma estrutura de fiscalização e regulação desses serviços, agora prestados por concessionárias. Nesse contexto, então, surgiram as agências reguladoras como órgãos para regulação e fiscalização das atividades públicas não prestadas diretamente pelo Estado.

Atualmente a gestão, a organização, o processo decisório e o controle das agências reguladoras da União, encontram-se disciplinados pela Lei nº 13.848⁵, de 25 de junho de 2019, que abrange as seguintes agências: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); Agência Nacional de Águas (ANA); Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Agência Nacional do Cinema (Ancine); Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); Agência Nacional de Mineração (ANM).

Logo, pela simples visualização da enumeração das agências citadas, verifica-se que há poucas atividades de consumo que não estejam abrangida pelo poder regulatório, o que expressa a importância da atuação das agências, entre outras atribuições regulatórias, na defesa dos consumidores.

No entanto, ao longo de suas atividades, notou-se que as Agências Reguladoras têm dificuldade em conciliar o interesse dos grupos regulados e o interesse público, conforme descreve Juliana Morais Bicudo⁶, havendo uma tendência em favor do interesse particular, comprometendo a imparcialidade das agências, o que ela denomina fenômeno de captura, ou seja, quando o interesse dos entes regulados prevalece em detrimento do interesse público.

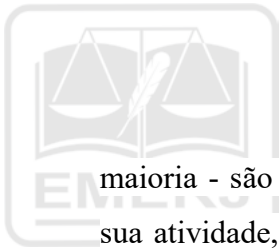
Um dos motivos desse fenômeno de captura é a não diversificação na composição dos órgãos de direção das agências reguladoras. A qualificação para compor o órgão colegiado é somente técnica e, por vezes, política, não havendo representatividade dos usuários/consumidores dos serviços fornecidos.

Os integrantes do Conselho Diretor das agências federais⁷, por exemplo, são indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal. Devem ser brasileiros e ter reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, o que implica em que estas pessoas - em sua grande

⁵ BRASIL. *Lei nº 13.848*, de 25 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁶ BÍCUDO, Juliana Morais. A atividade regulatória e a concentração de demandas no Poder Judiciário. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.) et al. *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Brasília: Enfam, 2016, p. 249-257.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2. Art. 52, III, f.



maioria - são oriundas dos entes regulados e por consequência, preocupam-se em retornar a sua atividade, depois de cumprido o seu mandato, e, por isso, não suscetíveis a contrariar o interesse das grandes empresas empregadoras.

Não obstante haver previsão de Consulta Pública prévia antes da tomada de decisão em relação à proposta de alteração ou criação de norma regulatória, quando houver interesse dos consumidores, de acordo com o art. 9º da Lei nº 13.848/2019⁸, o que à primeira vista poderia suprir a falta de representatividade dos consumidores, não há obrigatoriedade em aceitação das sugestões. Há somente a obrigatoriedade de divulgar o posicionamento da agência, de acordo com o § 5º do já citado artigo, o que retira a eficácia do poder de mobilização dos consumidores, que em sua maioria leigos, não podem se contrapor aos argumentos puramente técnico da agência.

Ressalta-se que, apesar de válida, a premissa de que o aspecto técnico deve preponderar, há algumas decisões das agências que esbarram no interesse da coletividade, como no exemplo da iniciativa da ANEEL em tarifar a energia solar⁹, o que ensejou a mobilização do Executivo junto ao Legislativo para afastar tal cobrança¹⁰.

Não se pode, de todo modo, negar que as agências reguladoras não buscam ir ao encontro dos consumidores, como por exemplo, na regulação da ANEEL, Lei 9.427/1996¹¹, que prevê entre suas atribuições, no âmbito administrativo, dirimir as divergências entre as concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores e seus consumidores - art. 3º, V - e realização de audiência pública, quando o processo decisório implicar afetação de direitos dos consumidores - art. 4º, § 3º. Quanto à audiência pública, destaca-se que ela pode ser realizada por qualquer agência, ao editar atos normativos, de acordo com o art. 18 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB)¹².

As agências reguladoras têm por maior objetivo formular diretrizes em favor do consumidor, como a resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que proibiu a adição de aroma e sabor aos cigarros, cuja validade foi discutida judicialmente pela Confederação Nacional da Indústria (CNI). O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF)

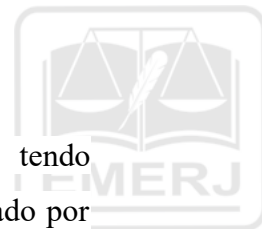
⁸ BRASIL, op. cit., nota 5.

⁹ SOUSA, Marcia. *Aneel quer "taxar" energia solar gerada em casa*. Disponível em: <<https://ciclovivo.com.br/planeta/energia/aneel-taxar-energia-solar-casa/>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹⁰ UOL. *ANEEL vai abrir mão de proposta de "taxar" energia solar, diz Bolsonaro*. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/01/07/aneel-vai-abrir-mao-de-proposta-de-taxar-energia-solar-diz-bolsonaro.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 9.427*, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm >. Acesso em: 04 abr. 2020.

¹² BRASIL. *Decreto Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De14657.htm >. Acesso em: 04 abr. 2020.



concluiu pela sua constitucionalidade no julgamento da ADI nº 4874/DF¹³, tendo preponderado o direito à saúde pública em face da liberdade econômica, como apontado por Ribeiro¹⁴.

No entanto, de acordo com Luiz Flavio Gomes¹⁵, o papel das agências reguladoras está distante de uma atuação efetiva em prol dos consumidores, mas segundo ele “Ruim com elas, pior sem elas!”

2. O IRDR, SUA APLICAÇÃO E EFEITO DA COMUNICAÇÃO DE TESES FIXADAS NO ÂMBITO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Ao longo do tempo, o sistema jurídico vem buscando soluções para otimizar o julgamento de demandas repetitivas, por intermédio de instrumentos decisórios vinculantes como as Súmulas Vinculantes e os decisórios argumentativos, como as súmulas não vinculantes¹⁶.

Nessa esteira de entendimento, poder-se-ia incluir, como instrumentos decisórios vinculantes, os processos de controle direto de constitucionalidade, enunciados de súmulas vinculantes, recursos repetitivos, o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demanda repetitivas, objeto deste estudo.

Nesse sentido, tais medidas se adequam para aplicação no Direito do Consumidor, no qual demandas se repetem à exaustão, por diversos motivos, dentre os quais, poder-se-ia apontar a pouca atuação punitiva das agências reguladoras, como no caso das concessionárias de energia elétrica e telefonia, contumazes litigantes nos tribunais pátrios.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é uma inovação do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, cuja iniciativa de instauração pode ser do relator, do juiz de primeira instância, do Ministério Público, da Defensoria Pública, e das partes, de acordo com art. 977 do CPC¹⁷. Pode ser aplicado quando da existência de múltiplos processos que possuam controvérsias sobre a mesma questão de direito, e com risco de ofensa à

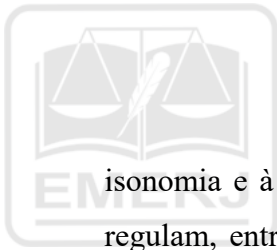
¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº. 4.874*. Relatora Ministra: Rosa Weber. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4328586> >. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹⁴ RIBEIRO, Tatiane Lima. *O poder normativo das agências reguladoras e a indústria do tabaco: uma análise à luz do julgamento da ADI nº 4874/DF*. 2018. 18 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em direito público e privado) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Agências reguladora funcionam “muito bem”*. Em favor de quem? Disponível em: < <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaocolumnas/agencias-reguladoras-funcionam-muito-bem-em-favor-de-quem> >. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 432-489.

¹⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em: 29 fev. 2020.



isonomia e à segurança jurídica, como observa-se pela leitura dos dispositivos legais que o regulam, entre os art. 976 a 987 do CPC¹⁸. Além da segurança jurídica, buscou-se também pela sua criação, a celeridade e a economia processual, de modo a unificar as decisões em processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, evitando-se decisões contraditórias, díspares.

Nesse sentido, assim concluíram os participantes do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - Carta de Vitória¹⁹, ao aprovarem o Enunciado nº 87: “a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.”

Corroborando este entendimento e as demais cláusulas diferenciadas do IRDR, observam-se alguns dispositivos do CPC. Neste sentido: o julgamento do IRDR não obedece a ordem cronológica de conclusão, tendo preferência sobre os demais feitos – art. 12, § 2º, inciso III combinado com art. 980 do mesmo diploma legal; admite a intervenção do *amicus curiae* - § 3º do art. 138; suspende o processo cuja questão de direito esteja em discussão – art. 313, inciso IV; é causa de improcedência liminar do pedido, quando o pedido contrariar o entendimento nele firmado – art. 332, inciso III; dispensa o duplo grau de jurisdição, quando a sentença firmar-se em seu entendimento – art. 496, § 4º, inciso III; os seus acórdãos deverão ser observados por juízes e tribunais – art. 927, inciso III; admite sustentação oral – art. 937 § 1º; e por fim, encontra-se disciplinado entre os arts. 976 a 987, todos do CPC²⁰.

Logo, neste escopo de economia processual, celeridade, segurança jurídica e uniformização de decisões, o IRDR, segundo Cardoso²¹, é uma inovação do CPC, que tem por objetivo dar solução adequada para litígios de massa. Assim, o IRDR se adequa perfeitamente ao Direito do Consumidor, pois é nesse campo do Direito que se encontram o maior número de demandas judiciais, principalmente no âmbito dos juizados especiais²², nos quais também a tese jurídica fixada deverá ser aplicada, de acordo com art. 985, inciso I do CPC²³.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Enunciado nº. 87*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

²⁰ BRASIL. op. cit., nota 22.

²¹ CARDOSO, André Guskow. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e os serviços concedidos, permitidos ou autorizados. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, ano 4, V. 23, p. 139-172, mar. 2016.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6069074>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

²³ BRASIL. op. cit., nota 22.



Prossegue Cardoso²⁴ afirmando que a finalidade da comunicação determinada no art. 985 § 2º do CPC não implica necessariamente em ordem direta ou determinação às agências reguladoras, o que parece ser o correto, pois não se pode olvidar dos aspectos técnicos, nos quais o Judiciário não pode interferir, por motivos lógicos. No entanto, o autor remete à finalidade de incentivar a cooperação entre o Judiciário e as agências, o que parece ser muito salutar. Ressalta-se que o CPC ao não definir quais as consequências do não acatamento da comunicação, imprime a ela o caráter de mera recomendação, assim como também não existe uma natureza vinculante da tese fixada em IRDR às Agências Reguladoras, mas somente, aos juízes e tribunais.

Nesse mesmo sentido, que o IRDR geraria somente efeito vinculante para os processos judiciais, e a criação de precedentes no julgamento do IRDR, impactaria em outra importante consequência: diminuição do número de demandas, conforme assevera Daniel Amorim Assumpção Neves²⁵:

[...] além da eficácia vinculante para processos judiciais, a criação do precedente no julgamento do IRDR gera outra importante consequência. Nos termos do § 2º do art. 985 do Novo CPC, tendo o incidente como objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. Trata-se de importante norma porque o respeito aos precedentes vinculantes pelos prestadores de serviços pode servir como importante fator de diminuição no número de processos [...]

Nota-se que, no texto acima, há menção ao respeito dos precedentes pelos prestadores de serviço, e não pelas agências reguladoras, como também observado por Cardoso²⁶.

Destaca-se que por ser um incidente processual relativamente novo, ainda há controvérsias quanto à aplicação do IRDR, notadamente quanto ao art. 585, § 2º do CPC²⁷. Um bom exemplo é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.492/DF²⁸, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Nela encontram-se argumentos a favor e contra o caráter vinculante do IRDR, que apesar do contexto da ADI não se aplicar a relações de consumo, serve para demonstrar a discussão.

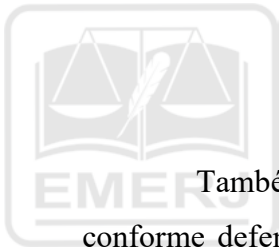
²⁴ CARDOSO, op. cit., nota 29.

²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1512.

²⁶ CARDOSO, op. cit., nota 29.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 22.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.492*. Relator Ministro José Antonio Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4959031>>. Acesso em: 02 jul. 2020.



Também há argumentos no sentido de que o IRDR seria uma norma inconstitucional, conforme defende Adriano Perácio de Paula²⁹, pois segundo ele “(...) se viola o direito de ação, a independência funcional do magistrado, o princípio do juiz natural e da separação dos poderes”. Em seu entendimento, ao vincular as decisões dos juízes singulares em todos os processos afetados pelo IRDR, retiraria das partes/interessados desses processos a oportunidade de singularizar cada situação, ou seja, de exercerem plenamente o contraditório e ampla defesa, além de suprimir uma instância, pois, a causa em curso no primeiro grau, seria afetada diretamente, pela decisão de um tribunal.

Neste mesmo entendimento, segue Luiz Guilherme Marinoni³⁰ pela inconstitucionalidade do IRDR: “sem a participação de alguém que efetiva e vigorosamente represente os excluídos, o modelo do incidente de resolução de demandas carece de constitucionalidade, reclamando interpretação conforme – que ofereça oportunidade à intervenção de representantes adequados”.

Com a devida vênia, ressalta-se que a participação dos interessados na matéria de direito discutida no IRDR encontra-se assegurada pela intervenção obrigatória do Ministério Público e pela possibilidade do pedido de instauração pela Defensoria Pública. Também devendo haver ampla divulgação e publicidade de sua instauração e julgamento, seja por meio de registro no site do CNJ, seja pelos bancos eletrônicos mantidos pelos tribunais de segundo grau ou pela realização de audiência pública (artigos 976 § 2º, 977 III, 979 e 983 do CPC³¹).

Quanto à supressão de instância, o Tribunal Superior, ao fixar a tese, não está decidindo as causas individuais, pois essa decisão cabe ao juiz natural da demanda. Está somente firmando um precedente vinculante para balizar o entendimento, quando da elaboração da sentença, pelos juízos singulares.

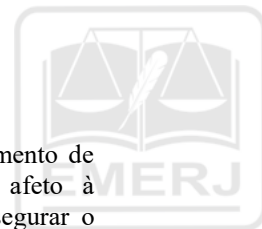
Por outro lado, fruto da novidade e das incertezas de sua aplicação, foi suscitada a dúvida quanto ao IRDR ser cabível diretamente no STJ, que foi decidida no julgamento do AgInt na Petição nº 11.838-MS³², no sentido afirmativo, desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC. Veja-se:

²⁹ PAULA, Adriano Perácio. *As inconstitucionalidades do IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas)*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/296964/as-inconstitucionalidades-do-irdr-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 16.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 22.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt na petição nº 11.838-MS*. Ministra Relatora: Laurita Vaz. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450114393/peticao-pet-11838-ms-2016-0330305-6>>. Acesso em: 29 jun. 2020.



1. o novo Código de Processo Civil instituiu microsistema para o julgamento de demandas repetitivas - nele incluído o IRDR, instituto, em regra, afeto à competência dos tribunais estaduais ou regionais federal -, a fim de assegurar o tratamento isonômico das questões comuns e, assim, conferir maior estabilidade à jurisprudência e efetividade e celeridade à prestação jurisdicional. 2. A instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas diretamente no Superior Tribunal de Justiça é cabível apenas nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária e desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC. 3. Quando a reclamação não ultrapassa o juízo de admissibilidade, não cabe a instauração do incidente de demandas repetitivas no Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo interno desprovido. [...]

Quanto ao STF, apreciando a Petição 8245-AM³³, o Ministro Dias Toffoli entendeu que a “Suprema Corte não detém competência originária para processar e julgar Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. Ou seja, decidiu-se que não caberia IRDR por já haver os institutos da repercussão geral e dos recursos repetitivos, retirando-se a utilidade do IRDR.

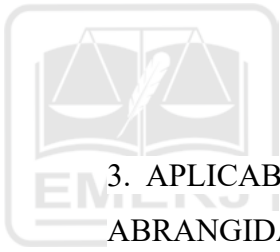
Por último, destaca-se a decisão abaixo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁴, que muito demonstra a incerteza da aplicabilidade do IRDR e que aponta os principais requisitos para a sua aplicação – repetição efetiva de processos, questão exclusivamente de direito e ausência de afetação de recurso repetitivo em Tribunal Superior:

[...] incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Juízo de Admissibilidade. Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03). Discussão acerca da restrição do porte de arma de fogo para integrantes das guardas municipais. INADMISSÃO DO INCIDENTE. Ausência da repetição efetiva dos processos (inciso I, do art. 976 do novo Código de Processo Civil) bem como de questão exclusivamente de direito (inciso I, in fine, do art. 976 do NCPC). Matéria que já se encontra em trâmite pela Corte Superior na ADI nº 5948, o que impede a admissão do IRDR na forma do § 4º do art. 976 do mesmo diploma processual. Parecer do Ministério Público nesse sentido.

Assim, considera-se que o IRDR - apesar de ainda em processo de consolidação doutrinária e jurisprudencial - funciona como um eficaz instrumento capaz de propiciar celeridade e segurança jurídica nos julgamentos de demandas repetitivas.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet nº 8245*. Ministro Relator: Dias Toffoli. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5720457> >. Acesso em: 29 jun. 2020.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *IRDR nº 00105907020198190000*. Relator Desembargador: Otávio Rodrigues. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/737769429/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-105907020198190000/inteiro-teor-737769440> >. Acesso em: 29 jun. 2020.



3. APLICABILIDADE DO IRDR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DE ATIVIDADES ABRANGIDAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Tendo em vista a novidade legislativa do IRDR, que somente começou a vigorar em março de 2016, como já visto anteriormente, há dificuldade em analisar o efeito concreto de suas decisões nas relações consumeristas. De acordo com os dados disponíveis no painel do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios do CNJ³⁵, até 29/06/2020, havia somente 90 IRDR com acórdãos publicados. Dentre esses acórdãos, somente cinco foram catalogados com a referência Direito do Consumidor, sobrestado um total 2.795 processos.

Não se pode negar que os direitos dos consumidores já se encontram abrigados em seu próprio microsistema, como define Felipe Peixoto Braga Netto³⁶:

[...] a segunda questão é esta: o CDC é um microsistema jurídico? A resposta é a afirmativa, porém algumas considerações se impõem. É um microsistema porque reflete, e de modo inovador, essa tendência de legislar tendo em foco problemas – consumo, idosos, crianças etc. – e não as velhas categorias do direito público e do direito privado.

Porém, quando se fala em microsistema pode se dar a falsa ideia de algo isolado, estanque, sem nenhuma comunicação com o sistema jurídico integralmente considerado. Assim não é, nem poderia ser. Os microsistemas têm – como de resto qualquer outra norma – conexão direta com a Constituição da República, sendo inválidos se porventura contrariem em algum ponto. Existem, assim, não como categoria à parte, mas integrados ao todo normativo cujo ápice se encontra nas normas da Constituição. [...]

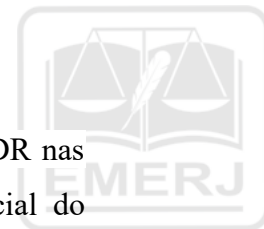
Também não se pode olvidar que grande parte dos serviços sob tutela das agências reguladoras, os serviços públicos, são tutelados pelo CDC, como bem ensinam Tartuce e Assumpção Neves³⁷:

[...] o caput do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor é bem claro no sentido de abranger os serviços públicos, enunciando que (...). Como se depreende da simples leitura do comando, o CDC abrange todos os serviços públicos, sem eles prestados diretamente pelo Estado ou por empresas privadas. [...]

³⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos>. Acesso em: 29 jun. 2020.

³⁶ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor à luz da Jurisprudência do STJ*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 2.

³⁷ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor* – 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 113.



Assim, não há nenhum impedimento da aplicação das teses firmadas nos IRDR nas causas que versam sobre o Direito do Consumidor, como determina o ponto crucial do presente estudo, ou seja, a aplicação do § 2º do art. 985 do CPC³⁸ que prevê a comunicação da tese jurídica firmada no julgamento de repetitivos, quando o objeto versar sobre prestação de serviço seja ele concedido, permitido ou autorizado.

Nesse sentido, é claro o posicionamento de Câmara³⁹:

[...] além disso, se a decisão do incidente versar sobre questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado (como são, por exemplo, os serviços de telefonia, fornecimento de água e esgotamento sanitário, entre muitos outros), o resultado do julgamento deverá ser comunicado ao órgão, ente ou agência responsável pela regulação do setor, para que fiscalize sua efetiva aplicação por parte dos entes sujeitos à regulação (art. 985, § 2o). Esta é medida que pode vir a ter importantíssima função, já que o respeito à tese fixada no precedente pelos prestadores dos serviços pode ser um poderoso fator de diminuição de processos, contribuindo para o desafogamento do Poder Judiciário. [...]

Mas apesar de entender-se pelo aspecto positivo da aplicação das teses firmadas no IRDR na atuação das agências reguladoras e, conseqüentemente, nas relações de consumo, há posição contrária, como de Simone Sanches Freire⁴⁰, diretora de fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que defendeu:

Na avaliação da diretora da ANS, o Judiciário tende a dar uma interpretação “expansionista” aos direitos dos indivíduos quando a questão é saúde, não levando em conta fatores como custo e efetividade. Esses são critérios observados pelas agências reguladoras na formulação de suas políticas. (...) Decisões que contrariem essas premissas enfraquecem as normas da ANS e geram insegurança no mercado.

Esse argumento comum, defendido pelas agências reguladoras, carece de fundamento, pois às agências, como aos demais órgãos e entidades com interesse na controvérsia, de acordo com o art. 983 do CPC⁴¹, está garantido o direito de requerer diligências e juntada de documentos, para a elucidação da questão de direito controvertida, além de que poderá ser designada audiência pública, para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, o que parece ser o exato momento para o representante da agência reguladora exercer todo o seu *expertise*.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 22.

³⁹ CÂMARA, op. cit., p. 490.

⁴⁰ GALLI apud FREIRE. *Novo CPC: Teses judiciais podem prejudicar política regulatória, dizem agências*. 21 jun. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jun-21/teses-judiciais-podem-prejudicar-politica-regulatoria-dizem-agencias>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 22.



Também às agências reguladoras é facultada a participação no julgamento do IRDR, como *amicus curiae*, podendo recorrer da decisão que julgar o incidente, razão pela qual afastaria a ideia de antagonismo às suas normas técnicas, e sim como uma fonte de aprimoramento de sua gestão, em prol do cidadão, do consumidor, que deveria ser, o destinatário final de seus serviços de regulação. Nesse sentido, o IRDR atuaria como mais um instrumento de cooperação entre as agências reguladoras e o Judiciário.

Por outro lado, a comunicação da tese à agência reguladora, de acordo com o art. 985, §2º⁴², visa que a agência fiscalize a sua aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada, não devendo ser interpretado como um preceito imperativo às agências para que modifiquem suas normas.

Nesse sentido, importante destacar o seguinte texto de Leonardo Carneiro da Cunha⁴³, que aponta aspectos positivos da comunicação da tese aos entes reguladores:

[...] a comunicação do resultado do julgamento a estes órgãos pode não só levar a uma implementação mais rápida e correta da decisão do IRDR, mas também estimular, se for o caso, mudança nas rotinas de fiscalização ou nas normas administrativas editadas pelo regulador. A regra tem por finalidade eliminar um dos problemas da litigiosidade de massa no Brasil, que é a “falta de diálogos institucionais entre os ‘poderes’ e entre os agentes responsáveis pela fiscalização do cumprimento de direitos [...]

Enfim, são inúmeros os aspectos positivos apontados para aplicação do IRDR nas ações consumerista, tanto pela celeridade, quanto pela segurança jurídica, como descrito por Artur Marques da Silva Filho⁴⁴:

Este incidente possibilitará a resolução de conflitos de massa, que poderão orientar mudanças de políticas públicas e até mesmo da atuação das agências reguladoras. Para os magistrados e jurisdicionados, o IRDR propiciará a elaboração de sentenças concisas, diretas e acessíveis ao cidadão comum.

Interessante notar que o Judiciário há muito vem decidindo questões que afetam sobremaneira o consumidor, como a Súmula 356: “É legítima a cobrança de tarifa básica pelo

⁴² Ibid.

⁴³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁴⁴ SILVA FILHO, Artur Marques da. *O IRDR como instrumento para ampliar a segurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/artur-marques-ampliacao-seguranca-juridica-irdr>>. Acesso: em 17 fev. 2020.



uso dos serviços de telefonia fixa⁴⁵, portanto não deveria causar temor por parte das Agências Reguladoras a utilização das teses fixadas no IRDR, nesta área.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, portanto, a integração de dois microssistemas: de um lado, o microssistema de julgamento de questões repetitivas, composto pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), pelos recursos especiais e pelos recursos extraordinários; do outro lado, o microssistema de defesa do consumidor com fundamento direto na Constituição Federal, capitaneado pelo Código de Defesa do Consumidor e com auxílio de outros instrumentos jurídicos como a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo.

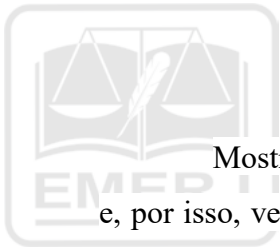
Em que pese não haver preceito legal que obrigue as agências reguladoras a aplicarem as teses firmadas em IRDR, a determinação de sua comunicação às agências reguladoras apresenta-se como um elemento de precedente persuasivo com o objetivo de pautar a regulação das prestações de serviços por entes regulados, sejam eles públicos ou privados, revelando ser inteiramente aplicável, apesar de alguns aspectos contrários abordados.

O Código de Processo Civil realmente não fixou a obrigatoriedade da vinculação do entendimento às agências. No entanto, a jurisprudência já demonstrou em diversos julgados que os direitos dos consumidores nem sempre são privilegiados pelas agências reguladoras, haja vista a existência de contumazes litigantes fornecedores de serviços regulados.

Por isso essa obrigatoriedade mostrar-se-ia salutar, no sentido de que ao ser informada da tese fixada no IRDR, a agência contaria, se assim dispusesse, com mais um forte instrumento para exigir a melhoria da execução de serviços prestados por concessão, permissão ou autorização estatal.

Até mesmo nos casos em que o julgamento do IRDR fosse contrário a uma pretensão de consumidores, de qualquer forma haveria um efeito positivo, pois seria privilegiada a segurança jurídica oferecida, assim como a previsibilidade e publicidade de norma a ser atendida pelos concessionários, evitando-se decisões contrárias entre si para um mesmo assunto.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado de Súmula 356*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_31_capSumula356.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2020.



Mostrou-se evidente que há um longo caminho a percorrer. O IRDR é instituto novo, e, por isso, verificam-se divergências pela sua aplicação, tendo em vista que a doutrina ainda debate o tema. Encontram-se argumentos favoráveis e contrários ao instituto - uma resistência natural à novidade - que no campo jurídico ganha uma dimensão maior porque há vários interesses conflitantes, que nem sempre são visíveis à superfície.

O que importa é que o IRDR se revela como mais um provável protagonista no cenário atual de proteção ao consumidor, levando em consideração a segurança jurídica e a economia processual que trazem como consequência a celeridade na prestação jurisdicional, que possuem inclusive fundamento constitucional.

Assim, levando-se em conta o que foi observado, conclui-se que a inclusão do IRDR no microsistema de proteção ao consumidor é imprescindível para que seja ampliado os direitos dos consumidores.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/1007/agencias-reguladoras>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BICUDO, Juliana Moraes. A atividade regulatória e a concentração de demandas no Poder Judiciário. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.) et al. *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos par a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Brasília: Enfam, 2016.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor à luz da Jurisprudência do STJ*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

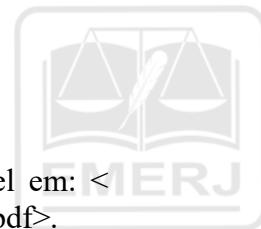
_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 04 abr. 2020

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 fev. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos>. Acesso em: 29 jun. 2020.

_____. *Constituição da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 fev. 2020.

_____. *Decreto Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 04 abr. 2020.



_____. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Enunciado n.º 87*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

_____. *Lei n.º 9.427*, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2020.

_____. *Lei n.º 13.848*, de 25 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm>. Acesso em: 29 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt na petição n.º 11.838-MS*. Ministra Relatora: Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450114393/peticao-pet-11838-ms-2016-0330305-6>>. Acesso em: 29 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado de Súmula 356*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_31_capSumul a356.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 4874*. Relatora Ministra: Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4328586>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 5492*. Relator Ministro José Antonio Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4959031>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pet n.º 8245*. Ministro Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5720457>>. Acesso em: 29 jun. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *IRDR n.º 00105907020198190000*. Relator Desembargador: Otávio Rodrigues. Disponível em: <<https://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/737769429/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-105907020198190000/inteiro-teor-737769440>>. Acesso em: 29 jun. 2020

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Light lidera a lista das empresas mais acionadas na Justiça em 2018*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6069074>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARDOSO, André Guskow. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e os serviços concedidos, permitidos ou autorizados. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, ano 4, V. 23, p. 139-172, mar. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.



GALLI, Marcelo. *Novo CPC: Teses judiciais podem prejudicar política regulatória, dizem agências*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-21/teses-judiciais-podem-prejudicar-politica-regulatoria-dizem-agencias>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. *Agências reguladora funcionam “muito bem”*. Em favor de quem? Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunas/agencias-reguladoras-funcionam-muito-bem-em-favor-de-quem>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PAULA, Adriano Perácio. *As inconstitucionalidades do IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas)*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/296964/as-inconstitucionalidades-do-irdr-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

RIBEIRO, Tatiane Lima. *O poder normativo das agências reguladoras e a indústria do tabaco: uma análise à luz do julgamento da ADI nº 4874/DF*. 2018. 18 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em direito público e privado) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *O IRDR como instrumento para ampliar a segurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/artur-marques-ampliacao-seguranca-juridica-irdr>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

SOUSA, Marcia. *Aneel quer “taxar” energia solar gerada em casa*. Disponível em: <<https://ciclovivo.com.br/planeta/energia/aneel-taxar-energia-solar-casa/>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Método, 2015.

UOL. *ANEEL vai abrir mão de proposta de “taxar” energia solar, diz Bolsonaro*. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/01/07/aneel-vai-abrir-mao-de-proposta-de-taxar-energia-solar-diz-bolsonaro.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2020.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br